Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/lespritdesinstit01desq

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

L'ESPRIT DES INSTITUTES

DE

L'EMPEREUR JUSTINIEN.

AVIS DES ÉDITEURS.

L'ouvrage que nous publions présente à-la-fois les avantages d'une traduction et d'un commentaire ; mais il acquiert un plus haut degré d'intérêt par la conférence qu'il renferme du droit des Romains avec notre droit civil : ce qui le rend non-seulement utile à ceux qui désirent embrasser l'étude des lois, mais encore à la majeure partie des magistrats, des jurisconsultes, des avoués et des notaires.

Chaque exemplaire sera manuellement signé par l'un de nous ; et comme nous avons rempli toutes les formalités voulues par la loi, qui assure aux auteurs leur droit de propriété, nous déclarons que nous poursuivrons les contrefacteurs, et d'avance, nous assurons la moitié de l'amende portée par la loi, à celui qui nous les fera connaître.

L'ESPRIT DES INSTITUTES

DE

L'EMPEREUR JUSTINIEN,

CONFÉRÉ

AVEC LES PRINCIPES DU CODE NAPOLÉON;

ENRICHI

DE NOTES EXPLICATIVES ET RAISONNÉES,

PUISÉES DANS LES LOIS DU DIGESTE, DU CODE ET DANS LES NOVELLES :

Suivi d'une Table des Titres, et d'une Table générale des matières, par ordre alphabétique.

Dédié à Son Altesse Sérénissime le Prince CAMBACÉRÈS, *Archi-Chancelier de l'Empire, Grand-Officier de la Légion d'honneur, décoré des Grands Cordons de l'Empire, et Membre de l'Institut :*

PAR M. DESQUIRON,

Jurisconsulte, membre de l'Académie de Législation et de plusieurs Sociétés littéraires.

TOME PREMIER.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA

A PARIS,

CHEZ { N. RENAUDIERE, Imprimeur-Libraire, rue des Prouvaires, n°. 16 ;
GARNERY, libraire, rue de Seine.

1807.

17178

W JA
1089
.D77
1807
v.1

ÉPITRE DÉDICATOIRE,

A SON ALTESSE SÉRÉNISSIME

MONSEIGNEUR

LE PRINCE CAMBACÉRÈS,

ARCHI-CHANCELIER DE L'EMPIRE,

GRAND-OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR, DÉCORÉ DES GRANDS CORDONS DE L'EMPIRE, MEMBRE DE L'INSTITUT.

MONSEIGNEUR,

Le Livre dont nous faisons hommage à votre Altesse Sérénissime, est le fruit de nos premières veilles ; vous avez daigné l'accueillir ; vous avez daigné sourire à nos premiers efforts ; que de titres vous avez acquis à notre reconnaissance !

A vous seul il était réservé de nous encourager au début de la carrière ; à vous, l'Ami des Arts, le Protecteur des Sciences,

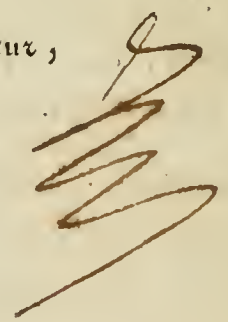
le Père des Lettres ; à vous, qui dès le jeune âge avez marché à pas de géant dans le chemin des honneurs et de la gloire.

Par combien de titres, Monseigneur, vous avez le droit de prétendre à l'estime de vos Concitoyens, à la recommandation publique : forcé d'admirer en vous l'Homme d'état, le Jurisconsulte profond, le Sage Législateur, l'Administrateur éclairé, le Magistrat impassible, chacun s'empresse d'applaudir au choix que fit de vous ce Prince dont toutes les actions sont marquées au coin de la Sagesse, et dont le discernement porte avec lui le sceau de l'infaillibilité.

Pour nous, Monseigneur, qui devrons à la gloire qui environne votre Nom, tous les succès que pourra obtenir notre Ouvrage ; pleins de reconnaissance pour les bontés dont vous nous avez honorés, nous vous prions d'accueillir, avec bienveillance, l'hommage de notre profond respect.

De Votre Altesse Sérénissime,

Monseigneur,



AVERTISSEMENT.

Ce siècle fourmille d'auteurs; chacun a la fureur d'écrire, et les commentaires sont déjà si multipliés, que nos lois nouvelles offrent des controverses, et qu'il est à craindre que la jurisprudence ne retombe bientôt, si l'on n'arrête le mal à sa source, dans l'état affreux d'où elle avait été si heureusement tirée.

Pour nous, qui faisons, de la science du droit, notre principale étude; certains que les commentaires sont plutôt propres à obscurcir le texte des lois qu'à le rendre plus sensible, nous avons pensé qu'il valait mieux laisser à d'autres le soin d'expliquer le nouveau Code.

Depuis long-tems nous soupirions après l'organisation des écoles spéciales de droit; depuis long-tems nous gémissions sur l'état où allait se trouver le barreau français après la tourmente révolutionnaire; nous avions vu l'esprit des lettres totalement perdu, les corps d'enseignement détruits, le mérite poursuivi et persécuté, la jeunesse passant dans l'indolence, cet âge qu'on employait jadis si utilement à l'étude, et nous avions frémi sur les suites funestes de ce grand désordre, qui nécessairement devait traîner à sa suite l'ignorance des principes de toute éducation.

En effet, et il est facile de s'en convaincre, la majeure partie des élèves, qui déjà peuplent les écoles spéciales, et qui se destinent à la connaissance des lois, peu familiarisés avec la langue latine, seront réduits, ou à suspendre le cours de leurs études, ou tout au moins à ne le suivre qu'imparfaitement; privés de lire les lois romaines, ils n'en sentiront point les beautés; et le Code civil des Français, ce chef-d'œuvre qui attend, à si juste titre, l'admiration de toutes les Nations policées, entièrement puisé dans la législation des Romains, ne leur paraîtra plus qu'une partie d'un tout, qu'il leur sera impossible de connaître et d'apprécier.

Le savant *Hulot*, avant nous, sans prévoir les désastres de la révolution française, avait senti cette vérité : ce grand homme, dont on ne saurait trop honorer la mémoire, consacra sa vie entière à la traduction des cinquante livres du Digeste; *Ferrières*, entraîné par les mêmes raisons, mit au nombre de ses différens ouvrages la traduction des Institutes de l'empereur *Justinien* : il serait à souhaiter que ce jurisconsulte célèbre eût apporté, dans ce travail, avec un peu plus de soin

et d'application, le même esprit de clarté et de profondeur, qui le distingue si essentiellement dans toutes ses autres œuvres : nous sommes fâchés d'avoir remarqué, plus fâchés encore d'avoir à le dire, que sa traduction est rarement fidèle, et ses observations peu propres à rendre le sens de la loi plus facile à saisir. Dans la persuasion intime que les Institutes de l'empereur *Justinien* pouvaient être offertes à la jeunesse sous un rapport plus avantageux, nous nous sommes déterminés à faire un livre qui manquait essentiellement à ce genre d'instruction, et dont l'utilité ne tardera pas à se faire sentir.

Ce n'est ni une traduction, ni un commentaire, proprement dit, que nous entendons publier, mais bien l'esprit des Institutes, ainsi que notre titre l'annonce..... Toutefois nous avons cité, à l'appui de chaque principe, les lois du Code, du Digeste et des Novelles, afin de nous éviter le reproche d'avoir sacrifié le texte à la fureur de le commenter, et dans le but encore que les élèves, par un rapprochement devenu facile, pussent fouiller sans dégoût dans cet amas de lois, que la vie de l'homme suffit à peine pour connaître.

Nous avons pensé devoir enfin renfermer dans un même cadre, par ordre des matières et selon la série des titres des institutes, les divers principes consacrés par le nouveau Code, afin qu'une conférence du droit civil des Romains avec le droit civil que les Français viennent d'adopter, évitât à la jeunesse des recherches pénibles, et précipitât ses progrès.

Nous n'avons pas des prétentions à la gloire : le désir de rendre au barreau son ancien éclat, le désir d'avoir contribué à former des défenseurs à l'humanité, nous soutient seul et nous anime : puissions-nous n'être pas trompés dans notre espérance ! puissions-nous recevoir bientôt l'unique prix que nous attendons de nos soins !

Nota. Avant de publier cet ouvrage, nous l'avons soumis à la censure de plusieurs jurisconsultes, dont le nom seul fait l'éloge : l'un d'entr'eux que nous prenons plaisir à faire connaître, est M. *Cochu*, avocat au conseil-d'état, président du collège des avocats de la Cour de cassation, et du conseil des prises. Si nous obtenons quelques succès, c'est principalement à lui que nous en devons faire hommage : puisse-t-il n'y voir que le juste tribut de notre reconnaissance, et la preuve des sentimens d'estime que nous avons conçus pour ses vertus et ses talens !

INTRODUCTION.

Selon Denys d'Halicarnasse, Rome tire son origine des Grecs. Elle fut d'abord gouvernée par des Rois. Romulus, fondateur de cette ville, fut le premier d'entr'eux à qui fut déferé l'honneur de la couronne. Ce législateur d'un peuple encore barbare, créa des prêtres pour les sacrifices, et divisa ses citoyens en tribus et en curies, *leg.* 2, § 2, *ff. de orig. jur.*: ce fut encore lui qui dans la suite établit ce Corps auguste qu'on appela Sénat. Il fut composé d'une classe d'hommes au nombre de cent, pris parmi les patrices, c'est-à-dire les plus grands de Rome, les plus âgés et les plus respectables : son pouvoir fut restreint de manière qu'il ne put seul connaître de la création des magistrats, des traités de paix et de guerre, de la confection et publication des lois. Le prince réserva pour lui le droit exclusif de proposer la loi au sénat, pour, après son approbation, la communiquer au peuple, divisé alors en trente curies, d'où ces lois furent appelées royales et curiales, *ut leg.* 2, § 2 *ff. de orig. jur.*, *et leg. unic. ff. de offic. quaestor.*

Papirius, sous le règne de Tarquin le Superbe, dernier roi de Rome, fit le premier la collection de ces lois devenues alors fort obscures ; c'est ce que nous appelons *jus civile Papirianum*, *ut leg.* 2, § 2, *ff. de orig. jur.*

L'abus que fit Romulus de son autorité sur la fin de son règne, et quelques rois après lui, en introduisant des lois arbitraires, sur l'émission desquelles ni le sénat ni le peuple n'avaient été consultés, fit soulever les curies contre l'injustice et la tyrannie ; elles ren-

dirent une loi qui exila les rois à perpétuité : on dit qu'elle fut faite à la réquisition de Brutus, alors tribun de la cavalerie ; ce qui donna à cette loi le nom de *Tribunitia :* ce fut là le commencement de la république, et la création des consuls.

Le droit devint alors fort incertain : ce qui restait des lois royales, ne fut presque plus observé ; on ne les regardait que comme d'anciens usages tombés en désuétude.

La confusion du droit entraîna une suite de discordes entre les grands et le menu peuple, qui se retira sur le mont Aventin : les patrices firent alors les derniers efforts pour le rappeler ; mais à peine fut-il rentré dans la ville, qu'il éprouva encore leur tyrannie : les grands, soutenus par les consuls et les sénateurs, qui trahissaient les plébéïens, continuèrent d'exercer envers eux toute sorte de vexations et d'usures, ce qui obligea le peuple à réduire le pouvoir des sénateurs, et à nommer des tribuns pour l'intérêt de la sûreté publique, et pour contrebalancer l'autorité du sénat. On établit en même-tems qu'aucune loi ne serait à l'avenir mise en vigueur si elle n'était scellée de l'approbation du peuple.

Ce fut en conséquence, l'an 261 de Rome, que fut portée la loi *sacrata*, et qu'il fut nommé deux tribuns du peuple, qu'on changeait tous les ans : ils étaient établis, non pour gouverner, mais pour conseiller et veiller à l'intérêt de la république. Le peuple s'assemblait devant eux aux jours indiqués, et approuvait ou rejettait les points qu'il croyait ou ne croyait pas être de son intérêt. C'est ce qu'on nomma *leges curiatae.*

Les tribuns étaient pris dans la classe des plébéïens ; leur personne était sacrée, inviolable, et entièrement indépendante de la jurisdiction des autres magistrats ; ils avaient droit de convoquer l'assemblée du peuple, de citer en jugement devant eux les dif-

férens magistrats ; le sénat ne pouvait donner à aucune délibération la force du sénatus-consulte, qu'elle n'eût été approuvée par les tribuns ; et comme ils n'avaient pas le droit d'entrer au sénat, ils se tenaient sous les portiques pour donner leur avis.

Fâché de partager pour ainsi dire l'autorité avec les tribuns, le sénat ne voulant plus s'y soumettre, fit les derniers efforts pour les détruire ; ce qui occasionna de grands troubles, qui mirent Rome à deux doigts de sa perte.

La collection des lois royales et curiales, faites par Papirius, fut ensuite rassemblée en un livre entier par Gracchus Flaccus, *ut leg.* 144, *ff. de. verb. signif.* ; mais on retomba bientôt dans la barbarie, et à peine fut-il conservé quelques fragmens de ces anciennes lois. Cependant, le goût des lettres reprit un souffle de vie ; certains jurisconsultes, comme *Forsterius*, *Arsinus*, *Liprius*, etc., s'occupèrent de nouveau à rassembler quelques lois des anciens rois, que *Baldvinius* reproduisit long-tems après eux dans un ordre admirable.

Mais le droit ne laissa pas de demeurer fort incertain, *ut leg.* 2, § 3, *ff. de orig. jur.*, parce que le peuple, qui avait le souvenir des rois en horreur, voulait se gouverner pour ainsi dire par lui-même, et laissait les anciennes lois dans l'oubli ; les patriciens vivaient d'ailleurs avec le peuple dans des discordes et des inimitiés si fortes, qu'ils se piquaient de ne presque jamais s'accorder sur aucun point de droit.

Dans ces circonstances, l'on se détermina à emprunter des lois des étrangers ; c'était l'an 301 de Rome que l'on envoya à cet effet trois députés dans la Grèce, pour y faire la collection des lois de différentes villes.

L'on établit en même-tems dix magistrats qu'on appela *Décemvirs*, pour former des lois puisées tant dans les anciennes, *regiis*

et curiatis, comme conformes aux anciennes mœurs, que dans celles rapportées de l'étranger par les députés, parmi lesquelles on remarqua celles d'Athènes comme les meilleures. Ils en formèrent d'abord dix lois, auxquelles peu après ils en ajoutèrent deux autres ; et c'est dans cet état qu'elles furent approuvées par le peuple dans les assemblées *centuriennes*.

Ces lois furent gravées sur douze tables d'airain, qu'on plaça dans l'endroit le plus apparent de la place publique ; et c'est ce qu'on appela, ce qu'on appelle encore la *loi des douze Tables*.

Ces lois périrent avec la ville, lorsque Rome fut incendiée par les Gaulois, l'an 368 : après ce désastre, plusieurs jurisconsultes s'attachèrent avec soin à en rassembler tous les restes pour en former une nouvelle collection, parmi lesquels *Caïus* se distingua ; il reproduisit en entier la loi des douze Tables ; et pour ne pas encourir le même risque, non-seulement on les grava sur de nouvelles tables d'airain, mais encore on les fit apprendre aux jeunes gens dès leur enfance.

C'est de ces lois que prirent naissance les actions, qu'on appelait *actiones legis* ; c'est-à-dire cette forme, cette pratique certaine qu'on introduisit pour proposer en justice les différends des parties ; elles étaient conçues en certains termes dont on ne pouvait s'écarter dans toute action civile, sans risquer d'être démis de sa demande.

On distinguait pourtant des actions, les actes qu'on appelait légitimes, c'est-à-dire pour lesquels tout magistrat était compétent, et qu'on pouvait juger extrajudiciairement sans aucune formalité, tels étaient la dation de tutelle, l'achat des esclaves, l'adition d'hérédité, la répudiation, et autres.

Il était enjoint pour ces actes,

1°. Que s'ils ne se faisaient point en justice réglée, *in jure*, ils

fussent faits solennellement, c'est-à-dire en présence d'un certain nombre de personnes ;

2°. Qu'il ne pourrait y être ajouté ni jour, ni condition ;

3°. Qu'ils se feraient en une seule séance, sans qu'on pût la réitérer ;

4°. Qu'ils ne pourraient se faire par procureur.

Les cas où les actions, c'est-à-dire les formules qu'on appelait *actiones legis*, devenaient nécessaires, étaient *v. g. l'affranchissement*, *l'émancipation*, *l'accession* (*in jure cessio*), *l'adoption*, etc.

Il avait été assigné des jours fixes, auxquels la justice serait rendue, soit pendant tout le jour, soit seulement pendant une partie du jour : on les appelait *non féries*, *ne fasti dies* : ceux qui ne l'étaient que pour une partie du jour, étaient appelés *dies intercisi*.

Les patriciens et les pontifes étaient seuls instruits des formules, et des jours *féries* et *non féries* ; en sorte que le peuple était réduit à aller à eux comme à des oracles ; ce qui flattait infiniment leur orgueil.

Appius Claudius fit une collection de toutes ces formules ; *Flavius*, son secrétaire, eut l'adresse d'en retenir un extrait qu'il publia : le peuple, en reconnaissance, l'éleva à la charge d'*édile*.

Les patriciens en furent d'autant irrités, que le peuple en fut satisfait : ce qui les obligea à inventer de nouvelles formules qu'ils rendirent beaucoup plus difficiles que les premières : mais *Sextus Oelius*, en l'an 553, imitant l'exemple de *Flavius*, les rendit publiques : c'est ce qu'on nomma *jus Oelianum*, *ut leg.* 2, § 7, *ff. de orig. jur.* : ce qui fit que, sans s'y arrêter, il fut libre dans le dernier état du droit de proposer sa demande sous quelque formule que ce fût, *ut inst. liv.* 4, *tit.* 32, *et cod. leg.* 3, *de plus petit.*

On vit dès-lors s'introduire des lois sans nombre, des *plébiscites*, des *édits des préteurs*, *des édiles*, les *réponses* des jurisconsultes, les *sénatus-consultes*, les *édits perpétuels*, et les *rescrits* des empereurs : ce qui forma un tas confus de lois innombrables, dont inutilement plusieurs tentèrent de faire la collection.

Aulius Offilius, sous l'empereur *Auguste*, rassembla en un même livre les *édits* des préteurs, *leg.* 2, § 44, *ff. de orig. jur. leg.* 1ª. *ff. ne quis eum qui in jus vocabitur.*

Julien, sous le règne et de l'autorité de l'empereur Adrien, réunit tous les édits des préteurs en un seul, qui fut nommé *edit perpétuel.* Plusieurs jurisconsultes, tels que *Caïus*, *Paul* et *Ulpien*, le commentèrent successivement.

Julien mit encore en ordre les édits concernant les provinces ; c'est ce qu'on nomma *edictum provinciale.* Ces édits se perdirent dans la suite des tems, et il en reste seulement quelques fragmens confondus dans le digeste.

Depuis ce tems, les empereurs n'avaient plus recours aux *sénatus-consultes* pour donner des lois, mais à des *rescrits*, qui se trouvèrent être en si grand nombre dans l'espace de deux cents ans, qu'*Hermogène* et *Gregorius* entreprirent de les réduire en deux codes : le premier qui parut de ces deux ouvrages fut celui de *Gregorius* ; on l'appela le *code Grégorien* : le second fut celui d'*Hermogène*, qui servit de supplément au premier ; on l'appela le *code Hermogénien.*

Ces deux codes se perdirent encore : ce qui donna lieu au jurisconsulte *Sichardus*, sous l'empereur *Théodose*, d'en former un nouveau des fragmens qu'il en restait, et qu'il avait pu en recueillir ; on l'appela le *code Théodosien.*

Après toutes ces différentes compilations, *Justinien* entreprit

ce que tant d'autres avaient inutilement tenté ; il fit une collection générale de tout le droit ; ce qui éternisa sa gloire. Il choisit à cet effet trois des plus célèbres jurisconsultes, *Dorothée*, *Théophile*, et *Tribonien*, qui commencèrent ce grand œuvre par le *code* de *Justinien*, contenant toutes les anciennes constitutions.

De-là ils passèrent au *Digeste*, qu'ils eurent rédigé et mis en ordre dans trois ans.

Ils en vinrent ensuite aux *institutes*.

Comme les pandectes ne s'accordaient pas en bien des endroits avec le premier code de Justinien, il y fut apporté quelques corrections, et on le publia de nouveau sous le nom de *Codex repetitae praelectionis*.

Justinien publia encore plusieurs constitutions, qu'on appela *Novelles ;* les unes lui étaient propres, les autres avaient été rendues par quelques-uns de ses prédécesseurs. Elles contenaient quelque changement, soit aux lois du *digeste*, soit à d'autres.

Les *authentiques* sont certaines *novelles* ajoutées à propos au code Justinien.

PROGRESSION

DE L'ÉTUDE DES LOIS.

La première année on faisait apprendre aux jeunes gens les institutes, *admittebantur tantùm ad limina legitimae scientiae ;* c'est pour cela qu'on les appelait *dupondii*, *quasi nullius pretii homines*.

La deuxième, on leur donnait l'interprétation de l'édit, *vocabantur edictales*.

La troisième, les huit premiers livres des réponses de Papinien, *indè Papinianistae.*

La quatrième, les réponses de *Paul*, *tunc ad quasi solvendas quaestiones idonei dicebantur.*

La cinquième, ce qui se trouvait dans les constitutions au-delà de ce qu'ils avaient vu.

PRÉFACE.

La force et la pratique des lois n'est pas moins nécessaire dans un état bien policé, que la force et la pratique des armes et il n'est pas moins essentiel à un prince de s'attacher à leur donner toute la vigueur possible jointe à une équité parfaite, lorsque les loisirs de la paix le lui permettent, que de donner toute son attention à l'exercice des armes dans les tems orageux de la guerre : il doit concilier l'une et l'autre gloire, savoir, en arrêtant la fougue des ennemis, en leur opposant une force invincible, et en réprimant par des voies légitimes ceux de ses sujets qui se rendent coupables de quelque délit. De accus. leg. fin. et ad Theophil. leg. et in privatis ut inf. de pœnis temerè litig. ff. de accus. cod. de plus petit. leg. unica, et de judic. leg. properandum.

§ I.er *C'est aussi dans l'une et l'autre vue que Justinien élevé à l'empire l'an 627 de notre ère, après avoir soumis sous sa puissance les nations barbares de l'Afrique et de l'Asie, et fait rentrer dans le devoir celles qui avaient secoué le joug, employa désormais tous ses soins à gouverner son peuple, d'après des lois sages et équitables.*

§ II. *Il fit rassembler par ordre toutes les constitutions qui se trouvaient dans les différens codes, le Grégorien, l'Hermogenien et le Théodosien*, ut cod. de novo cod. fact. leg. 1.a in principio. *Non content d'avoir réuni ces lois, il fit faire la collection de l'ancienne jurisprudence, en remontant jusqu'aux premières notions du droit des Romains, renfermée dans deux mille volumes, contenant trois cents mille paragraphes*, ut cod.

de veter. jur. enucleando, leg. 2ª. § sed cum omnia et in prœmio digestorum, § et anteà. *Cette immensité de lois fut réduite en soixante-deux livres, tant du digeste que du code, contenant douze mille sept cents sept lois; savoir, deux mille neuf cents vingt-huit dans* l'ancien digeste ; *deux mille deux cents trente-quatre dans* l'infortial ; *deux mille neuf cents quatre-vingt trois dans* le nouveau digeste ; *trois mille six cents huit dans les neuf premiers livres* du code; *et neuf cents cinquante-quatre dans les* trois derniers livres.

§ III. *Après la confection du digeste et du code, Justinien eut recours à trois grands hommes dont il avait souvent éprouvé les talens, la science et la sagesse ; savoir*; Tribonien, grand-prévôt de l'hôtel, chancelier honoraire, *et qui avait été consul*, Dórothée *et* Théophile, *personnages illustres et profondément versés dans la connaissance des lois. Il les employa à la composition des* institutes, *ouvrage propre à faciliter aux jeunes gens l'étude du droit, et à leur procurer l'avantage de puiser dans des élémens où il n'y aurait rien d'inutile*, ut nov. 84, chap. 2, ff. de legibus et senatusc., leg. jura et leg. seq., *mais seulement tout ce que la saine raison peut fournir d'argumens ; en sorte qu'au lieu que quatre années suffisaient à peine autrefois pour prendre connaissance des élémens, on n'employa plus que l'espace d'une année.*

Ce prince eut ainsi la gloire d'offrir à la jeunesse qui se destinait au Barreau, ce qui devait être l'objet du commencement et de la fin de son étude, c'est-à-dire les institutes *pour la première année, et le* code *pour la cinquième*, ut in prœmio digestorum, § pro responsis vers. quibus si benè.

§. IV. *De même que toute l'ancienne jurisprudence se trouvait réunie en cinquante livres, formant le corps du digeste, de même Justinien, pour une plus grande facilité, fit diviser*

les institutes *en quatre livres, par ordre des matières, formant les véritables élémens de la science des lois*, ut cod. de veteri jure enucleando, leg 1. § sed cùm prospeximus.

Le digeste fut ainsi appelé à cause du grand ordre qui fut mis dans cette collection puisée dans l'amas confus de plus de deux mille volumes.

On l'appelle aussi pandectes, *parce qu'il s'y trouve des décisions presque sur toutes les questions.*

§ V. *Pour une plus facile intelligence, l'empereur Justinien voulut qu'il y fût rapporté en abrégé le droit qui s'observait auparavant, et qui était tombé en désuétude.*

§. VI. *Les institutes furent puisées soit dans les anciennes ordonnances, soit dans le commentaire de Caïus écrit sous l'empereur Adrien*, ut leg. utrum ff. de reb. dubiis, et leg. unic. de donat. int. vir., *soit dans le journal des* Décisions *des jurisconsultes, soit dans plusieurs autres commentaires. Ce fut le* 17 *des* kalendes de janvier, *l'an* 533, *que Justinien donna force de loi, et confirma à-la-fois les institutes et les pandectes*, ut Heineiccius, § 15, nº. 4. *Le code dont nous avons parlé* au § 2, *fut confirmé, le* 16.e *jour des* kalendes de décembre, *l'an* 534; *on y fit même alors plusieurs changemens, pour le faire accorder avec les institutes et les pandectes; c'est pour cela qu'il fut nommé* codex repetitæ prælectionis. *Il y fut même ajouté cinquante décisions sur différents points de droit, qui étaient en controverse*, ut leg. pen. cod. de necess. hæred. inst.

Justinien ne voulant rien laisser d'imparfait, donna dans la suite cent soixante-huit novelles, *comprises sous la dénomination des* neuf collations; *on les appelle* novelles, *comme postérieures à tout autre droit; elles doivent déroger à toutes lois antérieures, tout comme le* code *doit déroger tant aux* institutes *qu'aux* pandectes, *comme ayant été confirmé le*

dernier. Les institutes *et les* pandectes *doivent avoir la même force, comme ayant été données en même-tems; cependant, comme ces deux ouvrages se contrarient quelquefois, il est des règles qu'il faut pour cela observer;* ut Heineiccius, § 15, à la note, 1°. *que les institutes doivent céder aux pandectes, quand l'autorité qui en résulte y est plus amplement décrite. Comme, par exemple, le* § 7 de la loi ff. de acq. rer. dom., *est préféré avec raison au* § 25 des institutes *au titre de* rerum divis. : 2°. *que les pandectes doivent céder aux institutes, toutes les fois qu'il paraît que le législateur a voulu faire novation à ce qui était déja établi; comme le* § 7 des instit. *au tit.* quibus ex causa manum. *est justement préféré aux lois* 9 et 11, ff. de manum. vind.

Au reste, le droit romain n'a de vigueur qu'en ce qu'il se trouve reçu; d'où il suit que les lois, les statuts, les coutumes propres à chaque ville, à chaque nation, doivent toujours l'emporter.

§ 7. *Tout dépend donc de cette première étude des élémens, qu'il faut poursuivre avec force et confiance; car c'est la seule voie capable de mener à la connaissance des autres parties du droit, et de faire parvenir un jour la jeunesse aux emplois et aux dignités, qui sont toujours la récompense du vrai mérite.*

L'ESPRIT DES INSTITUTES

DE

L'EMPEREUR JUSTINIEN.

LIVRE PREMIER.

TITRE PREMIER.

DE JUSTITIA ET JURE.

Tout homme vraiment vertueux, vraiment juste, ne doit jamais avoir d'autre volonté que de rendre à chacun ce qui lui appartient; c'est un des premiers préceptes que la nature ait gravés dans nos ames; on ne peut s'en écarter sans cesser d'être juste, sans cesser de posséder cette volonté constante et perpétuelle, qui convient tant à l'honnête homme, *constans ac perpetua hæc voluntas esse debet.*

Si l'on considère la justice sous un rapport général, *id est in abstracto*, il est de son essence d'être incorruptible, *constans ac per-*

petua. Mais si on la considère par rapport à chaque individu en particulier qui administre la justice, *id est in concreto*, elle peut, dans ce sens, être regardée comme corruptible, en envisageant la liberté qu'a l'homme de choisir le mal plutôt que le bien. La justice peut se diviser en universelle et particulière. L'universelle, ou distributive, est celle que la société, ou le prince qui en est le chef, distribue suivant le mérite d'un chacun, en assignant des peines pour ceux qui en troublent l'ordre, et des récompenses pour ceux qui contribuent à le maintenir, *v. g.*, les priviléges, les pensions, les bénéfices, etc., en considérant toutefois la condition et le rang personnel de chacun.

La particulière, ou commutative, c'est-à-dire qui change suivant les différentes questions qui se présentent, est celle qui regarde l'intérêt de chacun en particulier; celle-ci doit être rendue strictement et avec une égalité parfaite, sans acception des personnes, c'est-à-dire qu'on ne doit s'arrêter qu'à la chose, en mettant de côté la personne.

§ Ier. Pour l'administration de la justice il a été établi des règles prises dans les principes de la raison la plus saine; elles renferment ce qui est bon et équitable, *quod bonum et aequum est;* tant pour ce qui concerne les choses divines, *ut sacrae, sanctae et religiosæ*, que pour ce qui concerne les choses humaines, *v. g. contractus;* c'est ce que nous appellons le droit *jus*, tout comme l'on appelle jurisprudence la pleine connaissance de ces règles qu'on observe dans les tribunaux, et *jurisperiti* ceux qui possèdent la jurisprudence.

§ II. C'est aussi dans l'objet de multiplier ces jurisconsultes, *jurisperitos*, qu'on a donné aux jeunes gens ces premiers élémens du droit en général : on les délivre ainsi des dégoûts qu'ils auraient eus à vaincre au commencement de leur étude, en embrassant à-la-fois une foule de questions difficiles; ils trouvent applanie la voie qu'ils ont à suivre, et peuvent par le secours de cette première connaissance générale, parvenir sans répugnance à développer chaque difficulté en particulier.

§ III. Il est trois préceptes sur lesquels roule tout ce qui est écrit sur le droit; vivre honnêtement, c'est-à-dire, *secundùm mores loci;* ne point faire du mal à son semblable, c'est-à-dire, *alteri non facias quod tibi fieri non vis;* rendre à chacun ce qui lui appartient, ce qui lui est dû, *jus suum cuique tribuendi;* c'est-à-dire, non-seulement ne pas faire

du mal, mais encore faire le bien, *non sufficit abstinere à malo, nisi fiat quod bonum est, ut in decret.* 86, *distinct.* 100 *non satis.*

§ IV. Le droit se trouve confirmé par l'autorité publique, d'où il suit qu'il comprend généralement tout le monde, et qu'il n'appartient pas à un particulier d'y déroger, sans blesser l'utilité et l'avantage commun de la société; on le divise en droit public et en droit privé.

Le droit public est celui qui regarde l'état ou l'utilité publique, comme les choses sacrées, les prêtres, la magistrature, les lois, la guerre, la paix, etc. etc., *ut ff. et cod. tot. tit. de jure fisci.*

Le droit privé est celui qui intéresse personnellement chaque particulier; c'est ce qui fait le sujet des institutes; il tire son origine, en partie du droit naturel, en partie du droit des gens et en partie du droit civil. *Des préceptes du droit naturel, v. g.*, lorsqu'il défend que personne ne s'engraisse de la substance d'autrui, *ut ff. de cond. indeb. leg. nam hoc natura : des préceptes du droit des gens, v. g.*, lorsqu'il permet à chacun de se défendre et de repousser son ennemi pour la conservation de son individu, *ut ff. de jure gentium, leg. prima, 2a. et 3a.; des préceptes du droit civil*, comme l'usucapion introduite pour l'utilité des particuliers et pour la sûreté de leurs possessions, *ut inf. de usucap. in principio.*

TITRE II.

DE JURE NATURALI, GENTIUM ET CIVILI.

La simple nature, aidée par la raison, guidait les hommes dans les premiers tems du monde. La raison seule les distinguait de la brute qui s'en trouve privée; c'est pour cela aussi qu'à prendre strictement le droit naturel, il convient à tous les animaux. Ce droit ne porte-t-il point naturellement l'homme à la défense de son individu, à rechercher la femme pour en procréer des enfans, à leur fournir la nourriture, à leur apprendre la manière de se la procurer à leur tour? La brute ne jouit-elle point, en ce sens, des mêmes avantages de la nature? n'est-ce point cette même cause impulsive qui enseigne aux oiseaux à voltiger dans les airs, aux poissons à être supportés sur les eaux, à la poule à réchauffer ses œufs?

§ Ier. On peut donc avancer que tout ce que les hommes font, et ce que la brute ne fait point, provient de la nature aidée de la raison. Voilà ce qu'on appelle le droit des gens, ou bien la loi, ou raison naturelle, également observée dans toutes les nations bien policées.

Cette loi pure, cette loi naturelle dicta d'abord à un chacun les mêmes préceptes, dont on ne put s'empêcher de reconnaître l'excellence : on les vit pratiquer sans peine, par des hommes encore exempts de toute corruption, comme la religion envers Dieu, l'amour pour ses parens, pour sa patrie, la foi pour les traités, et autres semblables. Ce furent les premières règles établies parmi les hommes, qu'on appela aussi, par cette raison, *jus gentium primarium*, sans en cela comprendre le droit purement naturel; ce droit pris strictement dont nous venons de parler.

§ II. L'on vécut long-tems sous ces premières lois; mais le globe étant devenu peu-à-peu plus habité, cette population produisit à proportion un changement dans les mœurs; il fallut y pourvoir en ajoutant à ce premier droit, et s'écarter même, dans ce pacte commun, de la saine

saine raison, auparavant si respectée, et que la nécessité (ou pour mieux dire, la corruption des hommes) força de dénaturer, pour éviter un plus grand mal. C'est de-là que dérive le droit des gens secondaires, *jus gentium secundarium*. Ce droit regarde les personnes et les choses. *Les personnes*, comme les villes, les empires, les guerres, la captivité qu'on ne connaissait point auparavant. *Les choses*, comme la distinction des possessions, le commerce, et presque tous les contrats, comme l'achat, la vente, le louage, la conduction, la société, le dépôt, le prêt, etc., etc. Nous avons dit *presque tous les contrats*, parce qu'il en est qui sont, introduits par le droit civil, comme la stipulation, l'obligation par écrit, l'emphytéose, l'obligation à cause de nous, et les obligations qui naissent des délits et quasi-délits, etc.

C'est aussi à la suite de l'accroissement de population que les familles se séparèrent; on construisit des villes; on établit des empires, où l'on observa, indépendamment du droit des gens ou droit commun, des coutumes et des usages qui leur étaient propres; c'est ce qu'on appelle droit civil; il est composé et des lois communes à tous les hommes, et des lois propres à un peuple, à une nation, à une ville. L'on peut généralement lui donner le nom de droit civil, toutes les fois qu'on déroge ou qu'on fait quelque changement au droit des gens, ou toutes les fois qu'on y ajoute, *ut leg. 6, ff. de just. et jur.*

Il y a été ajouté, par exemple, dans le mariage, quant à la forme, en ce qu'il est requis certaines formalités pour lui faire produire les effets civils, au lieu que le seul consentement suffisait suivant le droit naturel.

Il y a été ajouté encore, quant à la matière, en ce que, par le droit des gens, il n'avait point été prévu de pourvoir de tutelle, ceux qui sont d'un âge trop faible pour se conduire et se défendre.

Il y a été dérogé par l'usucapion introduite par le droit naturel; par certaines bornes mises à la puissance paternelle, qui était auparavant indéfinie, de manière qu'à parler avec exactitude, tout est aujourd'hui droit civil, puisque le droit naturel, quoique immuable dans son essence, *ut inf. § penult.*, a reçu, presque dans toutes ses parties, quelque augmentation ou diminution.

Le droit civil diffère chez presque tous les peuples; on doit pour-

tant entendre parler du droit romain, toutes les fois qu'on parle du droit en général.

§ III. Le droit se divise en droit écrit et en droit non écrit. Le premier reçut plusieurs dénominations, suivant la manière dont il se trouvait établi, comme la loi, le plébiscite, le sénatus-consulte, les ordonnances des princes, les édits des magistrats, et les réponses des prudens.

§ IV. Pour faire la loi, le peuple romain s'assemblait devant le sénat ou une partie des sénateurs. Il était consulté par le premier d'entr'eux, sur les propositions qu'on voulait lui faire approuver; s'il y donnait son consentement, le sénat alors les scellait de son autorité, et les faisait publier comme lois nouvelles.

Le menu peuple *plebs*, depuis son retour du mont Aventin et la création des tribuns du peuple, avait aussi le droit de faire des lois; il s'assemblait devant l'un des tribuns qui représentait le sénat. Ce magistrat l'interrogeait à la manière des sénateurs, et si le point proposé était approuvé, on le faisait, sans autre forme, publier comme ayant force de loi.

Par peuple, on entendait tous les citoyens, y compris les sénateurs qui étaient la première noblesse de Rome; et par *plebs*, ou menu peuple, on entendait tous les citoyens, sans y comprendre ni les patrices, ni les sénateurs.

Las de la tyrannie que les grands exerçaient sur lui, le menu peuple se retira sur le mont Aventin, près de la ville de Rome; ce fut *L. Virginius* qui le premier conseilla ce parti; il avait une fille âgée d'environ quinze ans, et qui avait été promise en mariage à *Icilius*: *Appius* le décemvir, épris des charmes de Virginie, ne songeant qu'aux moyens de satisfaire ses criminels desirs, la fit revendiquer comme esclave par l'un des ministres de ses débauches, nommé *Claudius*; l'affaire fut portée au tribunal d'*Appius* lui-même, qui exerçait alors la justice dans Rome; une loi expresse décidait le cas en faveur de Virginie, *ut ff. de orig. jur.*, § 24, *et leg. duodecim tabul. duodecima tabul.*, *cap.* 3; elle portait qu'une personne en possession de la liberté, dont on contesterait l'état, resterait provisoirement libre jusqu'à la sentence définitive. *Appius*, au mépris de cette loi, adjugea Virginie au demandeur. *Virginius*, indigné d'un si noir abus pratiqué pour le deshonneur de sa fille, la tua lui-même d'un coup de couteau, et se retira sur le mont Aventin; le reste du peuple le suivit; ils commencèrent par créer dix chefs, qu'ils nommèrent tribuns militaires;

à la tête desquels fut mis *Marcus Oppius*, après quoi ils firent des lois à la manière de celles qu'ils faisaient dans la ville de Rome ; c'est ce qu'on appela *plébiscites*.

Les nobles, qui ne pouvaient se passer du menu peuple, tâchèrent de s'accorder avec lui : il revint dans la ville ; mais il s'éleva bientôt entr'eux de nouvelles contestations. Le menu peuple voulut que les lois faites sur le mont Aventin conservassent toute leur force ; ce que les nobles refusèrent de lui accorder. Elles ne furent terminées qu'en l'an 465 par la loi *Hortentia*, suivant laquelle les *plébiscites* eurent la même autorité que les autres lois.

§ V. La difficulté qu'il y eut dans la suite de rassembler le peuple, lorsque la population se fut accrue, mit les romains dans la nécessité de confier au sénat le soin de la république, et de se soumettre à tout ce qu'il lui plairait d'ordonner. Le sénat n'usa de son nouveau pouvoir qu'avec certains ménagemens, afin de ne point rappeler au peuple combien il était déchu de son ancienne liberté ; c'est pourquoi il ne statuait rien selon la manière figurée de l'ancien usage, qu'à la prière d'un consul, *ut leg.* 2, § 9, *ff. de orig. jur.*

§ VI. Non content d'avoir ainsi dépouillé le peuple de presque toute son autorité, on parvint à lui faire reconnaître un chef ; ce fut, selon l'opinion commune, *César Auguste* qui, s'élevant sur les débris de la république, commença à jouir du souverain pouvoir.

Dès-lors les princes firent des lois, qu'on appela *constitutiones* ou *principum placita*, *ut leg.* 1ª. *de constit. princip.*

On les divise en générales et en spéciales.

Les générales sont celles qui obligent tout ou partie des sujets, comme les *rescrits*, les *décrets*, les *édits*.

Les *rescrits* sont les réponses que le prince faisait *per epistolam*, sur les consultations que lui adressaient les magistrats, ou sur les demandes de quelque corps ou communauté, *ut leg.* 19, § 9, *de locat.*, *leg.* 3, *ff. de testib.*

Les *décrets* sont les jugemens qu'il rendait sur son tribunal, à raison des différends élevés entre particuliers, après avoir entendu les défenses de toutes parties, *ut leg.* 1ª. *ff de constit.*

Les *édits* sont ce que le prince, de son propre mouvement, et sans

l'interposition de personne, ordonne, ou défend pour l'utilité publique, et pour servir à jamais de règlement à tous ses sujets, *leg.* 1ª., § 10, *ff. de const. principum.* C'est ce qu'on peut seulement appeler proprement loi, à quoi l'on peut ajouter les ordonnances qui sont des règlemens faits pour la police du royaume; il est encore ce qu'on appelle déclarations, qui sont des règlemens en exécution, correction ou interprétation de quelque édit ou ordonnance précédente, ou des règlemens qui ne sont faits que pour un tems, comme l'établissement de certains droits ou impositions. Les ordonnances, comme lois générales, doivent déroger aux coutumes qui ne sont que des lois particulières.

Les constitutions spéciales sont des priviléges, ou ordonnances particulières qui ne tirent point à conséquence; et qui ne regardent que ceux pour qui elles sont faites, comme les lettres de grace, les dons, les exemptions, *leg. 68 et 69, ff. de reg. jur., et leg.* 14, *ff. de leg.*

§ VII. Les consuls, distraits par les guerres que soutenait le peuple romain, ne pouvaient plus s'occuper de l'administration de la justice: il fallut créer un magistrat à leur place pour remplir leurs fonctions: il fut choisi parmi les sénateurs, et on lui donna le nom de préteur; il avait le pouvoir d'interpréter les lois, d'y ajouter, d'y suppléer et de les corriger, lorsqu'il s'y trouvait engagé pour le bien de la justice et l'intérêt public, *de just. et jur., et infrà de bon. poss. de nox. et de exhibend.*

Il était d'usage qu'au commencement de leur administration, les préteurs donnassent un édit dans lequel était décrite la manière dont ils se proposaient de rendre la justice dans les causes qui étaient de leur compétence; c'est ce qu'on appelait *droit prétorien* ou *droit honoraire*, ainsi appelé, comme produit par des personnes revêtues des honneurs attachés à la magistrature.

Les nobles avaient accordé au peuple, après de longues discussions, que l'un des consuls serait choisi dans l'ordre des plébéïens en dédommagement lors de la création des édiles: il fut décidé qu'ils seraient exclusivement choisis dans leur classe: ces magistrats étaient au nombre de deux. Cette charge devint une des plus honorables: l'édile jouissait de plusieurs priviléges; il avait l'inspection sur l'ordre apparent des édifices.

sur l'ordre apparent des édifices ; on l'appelait *Curule*, parce que la dignité de cette charge lui donnait le droit de se faire traîner sur un char de triomphe.

Nous observons que le droit prétorien ne faisait qu'improprement partie du droit civil ; et dans le sens seulement que nous l'avons indiqué au § 2 ci-dessus, puisqu'il lui était le plus souvent opposé, on ne prenait à Rome strictement, pour véritable droit civil, que ce qui avait été fait durant la république, et ce qui provenait directement de l'autorité souveraine ; en quoi l'on comprenait les réponses des jurisconsultes qui eurent force de loi dans la suite, en vertu de la constitution de l'empereur *Valentinien, ut cod. Theod. de resp. prud.*

§ VIII. La profession des jurisconsultes fut tant en honneur du tems de César, et même dans les tems qui suivirent son siècle, qu'elle demeura de plus en plus soutenue par la faveur et l'autorité des empereurs, de manière qu'il fut, non-seulement, permis aux jurisconsultes de donner des interprétations, de répondre et de décider publiquement sur le droit, mais il fut encore défendu aux juges de s'écarter de leurs avis, de leurs opinions, *à sententiis et opinionibus.*

On appela la décision *sententia indubitata responsio*, et l'opinion *opinio responsio cum dubitatione.*

§ IX. L'usage avait aussi introduit parmi les romains une espèce de droit qu'on appelait non écrit ; dès qu'il était approuvé et observé pendant un certain tems, *v. g.* pendant dix ans, il avait la même force que la loi écrite, *diuturni mores consensu utentium comprobati, infrà liv. 4, tit.* 11, § 10.

§ X. On dit que c'est chez les Athéniens et chez les Lacédémoniens que cette différence de droit écrit et non écrit a pris naissance. Car, les Lacédémoniens apprenaient par cœur ce qu'ils observaient pour loi, et les Athéniens, au contraire, n'observaient de loi que celle qui était rédigée par écrit.

§ XI. L'on fait ici une différence entre le droit qui ne peut être changé et celui qui peut l'être ; le premier est celui qui a été dicté par la raison naturelle que nous tenons de Dieu, *jus gentium primarium* : nous n'y comprenons point *jus gentium secundarium*, parce qu'il n'a

point pris son origine dans la nature, puisqu'il permet des choses qui l'offensent, et qu'il y en a déjà plusieurs qui ne s'observent plus, *v. g.* les servitudes.

Le second est celui qui est propre à chaque peuple, à chaque ville ; il peut être changé ou par le consentement tacite du peuple, *id est* en laissant pratiquer une coutume contraire ; ou par une autre loi, donnée postérieurement à un autre droit auquel elle est contraire.

§ XII. Tout le droit regarde les personnes, ou les choses, ou les actions. La dignité de l'homme, qui mérite d'être distingué entre toute autre chose, engage à parler d'abord des personnes : d'autre part, on ne serait pas fort avancé dans le droit, si on ne connaissait premièrement les personnes et leurs différentes conditions ; puisque c'est en leur faveur que tout le droit a été établi.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. Ier. Les auteurs de ce code ont pensé que les lois ne devaient renfermer que des règles, et non des points de doctrine. Ils ont abandonné cette partie à l'enseignement, et se sont bornés à rassembler quelques articles réglementaires pour en former un titre préliminaire. Ils ont si fort reconnu l'excellence des définitions du droit romain sur la justice et le droit, qu'ils ont cru pouvoir se dispenser d'en donner eux-mêmes : c'est donc dans Justinien qu'il faudra les apprendre avant de passer à l'étude du code civil.

Ainsi en France le droit se divisera comme à Rome, en droit civil public et en droit civil privé ; en droit écrit et en droit non écrit.

Le droit civil public concerne principalement l'état. Le droit civil privé concerne en général l'utilité des citoyens. Le droit écrit comprend les lois, les décrets et les avis du conseil d'état.

Le droit non écrit comprend les différentes coutumes locales qui, n'étant point abrogées, conservent leur autorité.

Comme à Rome les empereurs soumettaient leurs constitutions à l'approbation du sénat avant de les publier, de même aujourd'hui en France l'empereur propose la loi, la communique au tribunat, et au corps légis-

latif qui la décrète ; après quoi elle est promulguée et rendue exécutoire. (Art. 25 du tit. 3 de la constitution de l'an 8.)

L'empereur *Justinien* fit diviser les matières contennes dans ses institutes, en quatre Livres : l'empereur NAPOLÉON a voulu que le code fût aussi divisé en trois Livres, dont le premier traitât des *personnes ;* le second, *de la distinction des biens ;* et le troisième, *des différentes manières dont on acquiert la propriété.* Comme le législateur romain, il ne s'est appliqué à réformer les lois qu'après avoir vaincu ses ennemis, soit par la force de ses armes, soit par sa clémence et la noblesse de ses procédés ; il s'est entouré d'un grand nombre de jurisconsultes ; il n'a pas dédaigné les opinions des sages magistrats de son empire ; il a livré le projet de ses lois à une longue méditation, pour leur faire éprouver ensuite le choc d'une discussion rigoureuse.

Rival de toutes les gloires, après avoir substitué des lois sages à des lois arbitraires, NAPOLÉON a voulu rendre au barreau son ancien éclat, les universités si long-tems désertes se sont repeuplées, et l'on peut dire avec juste raison que son règne sera celui des sciences et des beaux-arts.

TITRE III.

DE JURE PERSONARUM.

Touchant les personnes, les unes sont libres, les autres esclaves.

§ Ier. L'on est libre, lorsqu'on jouit de cette faculté naturelle qui nous donne une entière indépendance, et dont on ne peut être privé que par la force ou par le droit. *Par la force*, *v. g.* lorsqu'on est réduit en captivité. *Par le droit*, *scilicet civili*, lorsqu'un majeur de vingt ans a souffert la vente de sa personne, pour participer au prix.

Par le mot *personne*, on entend en droit ceux qui ont un état et une condition parmi les citoyens, *qui caput habent civile*. C'est pourquoi, lorsqu'on parle d'un esclave, on se sert du mot homme, par lequel on entend un individu, de quelque classe qu'il soit, *vult. ei ad.* § 1, *instit.* 50, *tit.*

§ II. Le droit des gens secondaire, produit, comme nous l'avons dit *suprà*, par l'usage et la nécessité, a établi la servitude, par laquelle quelques individus se trouvent sujets à la puissance d'autrui, au mépris du droit naturel, qui veut que tous les hommes jouissent également de leur liberté.

§ III. L'étymologie du mot *servi* ne vient point de *serviendo*, mais de *servando* : car, autrefois, l'ennemi qui, en tems de guerre, tombait entre les mains de son vainqueur, bien loin d'être mis à mort, était conservé pour esclave, ou vendu comme tel, par un motif d'humanité.

Cette sorte d'esclaves était appelée *mancipia*, parce que c'était avec la main qu'ils étaient arrêtés par leurs vainqueurs, *quia ab hostibus manucapiebantur in prœlio.*

§ IV. On pouvait être esclave de plusieurs manières; les uns naissaient tels; d'autres le devenaient. *Ils naissaient esclaves* lorsqu'ils étaient mis au monde par une femme esclave, quoique leur père fût libre; ils le devenaient *par le droit secondaire*, lorsqu'ils étaient pris pendant la guerre; *par le droit civil*, lorsqu'un majeur de vingt ans souffrait la vente de sa personne pour participer au prix.

Pour

Pour valider cette espèce de vente, trois choses étaient requises ; 1°. que celui qui voulait se vendre eût vingt ans accomplis, et qu'il ne fût ni fils de famille, ni affranchi ; car, dans ce cas, il aurait pu nuire ou à son père ou à son patron ; 2°. qu'il eût reçu une partie du prix dans cette intention ; 3°. que celui qui achetait ignorât la condition de celui qui se présentait pour esclave.

§ V. Il n'y avait aucune différence dans la triste condition des esclaves ; peu importait qu'ils fussent nés tels ou qu'ils le fussent devenus ; mais comme il importait infiniment parmi les citoyens de savoir si l'on était né libre, ou si l'on avait acquis la liberté, on a distingué les personnes libres, en ingénus et affranchis.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 2. Nous ne connaissons point en France d'esclaves ; tous les hommes y sont également libres ; à l'exception des criminels, qui subissent leur peine, tous les citoyens y ont droit à la jouissance des droits civils. (Art. 8 du code Napoléon.)

C'est pourquoi nous passerons sous silence la division que fait le droit civil des personnes, en hommes libres et en esclaves ; en ingénus et en affranchis : nous dirons seulement en passant, que le droit naturel distingue les personnes par le sexe, l'homme et la femme, les enfans légitimes, et les bâtards.

Sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus.

Spurii sunt qui ex viro ignoto et uxore nascuntur.

TITRE IV.

DE INGENUIS.

Les ingénus sont ceux qui sont libres dès leur naissance, soit qu'ils aient reçu le jour de deux ingénus unis par le lien du mariage, ou de deux affranchis, soit encore que l'un soit ingénu, et l'autre affranchi.

Celui-là est encore réputé libre, qui est né d'une mère libre, quoique le père fût esclave; parce que, quant à l'état, l'enfant suit la condition de la mère; quant à la dignité et aux honneurs, il suit la condition du père.

En faveur de la liberté, les lois ont choisi ce qu'il y avait de plus certain. La mère étant toujours certaine et véritablement mère, c'est sur sa condition que l'on se fixe pour l'état de son fruit; le fils d'une mère libre et d'un père incertain, est également libre, quoiqu'il ait été conçu par une femme publique; il suffit, pour sa liberté, que la mère ait été libre au tems de la naissance, quand bien même elle aurait été esclave au moment de la conception; il en est de même si la femme a conçu étant libre, et qu'elle soit devenue esclave. Par un motif d'humanité, les empereurs *Adrien* et *Antonin le Pieux* ont voulu, contre la règle du droit civil, que dans ces cas, l'enfant fût déclaré libre, par la raison que le malheur survenu à la mère, ne peut nuire au fruit qu'elle porte; suivant cette règle commune, *qui in utero sunt pro jam natis habentur quoties de eorum commodis agitur.* Enfin, quoiqu'une femme esclave ait été affranchie pendant qu'elle était enceinte, et qu'étant retombée dans l'esclavage, elle ait accouché dans cet état, l'enfant est encore déclaré libre, suivant l'avis de *Martian*, jurisconsulte célèbre. Pour ce qui concerne la liberté qu'on acquiert par la naissance, il suffit donc que la mère ait été libre ou au tems de la conception, ou au tems de la naissance, ou dans le tems intermédiaire.

§ 1er. Il y a quelque différence entre ceux qui sont en servitude et ceux qui sont esclaves : les ingénus, qui croyant être esclaves, sont au pouvoir d'autrui, ne sont point en esclavage, mais en servitude; cette servitude ne peut leur nuire, quand bien même ils auraient été affranchis dans

la suite, par la raison qu'ils ignoraient leur véritable état, et que leur maître n'a eu, dans cette hypothèse, qu'une jouissance injuste, provenant d'une erreur de fait.

Ceux qui, au contraire, sont véritablement esclaves, sont *servi ;* et le maître a sur eux, non-seulement une jouissance, mais encore une propriété.

L'affranchissement, dans le premier cas, n'a jamais, suivant les constitutions, porté aucune atteinte à la naissance, *natalibus*, autrement *ingenuitati* (1).

---

(1) *Natalis* a plusieurs significations; il veut dire jour, naissance : on appelait aussi *natales scripturæ*, les registres de naissance et de mort, où l'on écrivait l'année du seigneur, et l'état dans lequel on était né, soit *ingénu*, soit *esclave*; on entend aussi quelquefois par *natales*, la naissance de l'homme, suivant le premier état de nature où tout le monde naissait libre, comme on le voit au digeste *de natalibus restituendis*, *leg.* 2ª. *servus restituitur natalibus*, *id est libertati quam habet de jure naturali.*

TITRE V.

DE LIBERTINIS.

Le premier mouvement de la nature offensée qui, dans le premier état, ne connaissait qu'une seule espèce d'hommes, fut de pourvoir au moyen de rendre la liberté à ceux que le malheur avait réduits à l'esclavage On introduisit l'affranchissement, par lequel il fut permis aux patrons de délivrer un esclave d'une juste servitude. *Nous disons juste*, pour suivre l'esprit du droit des gens, du droit secondaire et du droit civil ; quoiqu'en suivant les principes du droit naturel, cette servitude fût très-injuste.

Ceux à qui la faveur de l'affranchissement fut accordée, furent appellés *libertini* ou *manumissi*, c'est-à-dire affranchis de la main ou de la puissance d'autrui : cette concession a pris sa naissance dans le droit des gens, quoiqu'elle soit dans la nature, parce que le droit des gens ayant introduit la servitude, a fait, par ce moyen, inventer la manumission, qu'on ne pouvait imaginer avant l'esclavage. Tous les hommes n'avaient alors qu'une même qualification ; mais ils sont distingués aujourd'hui de trois manières ; les personnes libres auxquelles on oppose les esclaves et les affranchis, *liberi*, *servi et libertini*.

§ Ier. La liberté pouvait être acquise de plusieurs manières ; 1°. lorsqu'un patron consentait que son esclave fît inscrire son nom et ses facultés sur les registres du cens ; 2°. dans les églises aux jours solennels, le maître, en présence du peuple et d'un évêque, déclarait qu'il donnait la liberté à *Mævius ;* on dressait du tout un acte, qui était signé par l'évêque et les parties, et *Mævius* était libre ; 3°. le maître conduisait son esclave devant le préteur, et déclarait ainsi sa volonté, *hunc hominem liberum esse volo.* Le préteur donnait sa verge à l'huissier qui, en marchant devant l'esclave, frappait sur sa tête, tandis que le magistrat disait à trois reprises différentes, *dïo liberum esse ;* (1) 4°. un maître pouvait donner la liberté en présence de ses amis et de cinq personnes, pris pour

(1) *Vide* le § dernier du tit. XI ci-après.

témoins, auxquels il déclarait qu'il affranchissait *Sempronius* son esclave, qui était présent; 5°. le maître pouvait affranchir un esclave absent, en lui écrivant qu'il lui donnait la liberté; en ce cas, la lettre devait être signée par le maître et par cinq témoins; 6°. enfin, on pouvait donner par testament la liberté à son esclave, même par tout acte de dernière volonté, comme codicille ou testament non solennel (1).

Les esclaves acquéraient la liberté de plusieurs autres manières; 1°. comme lorsqu'un esclave déférait à la justice le meurtrier de son maître, et qu'il employait toute sa sagacité pour le convaincre; le juge alors en condamnant le coupable, déclarait libre l'esclave délateur.

2°. Lorsqu'ils déclaraient publiquement les faux-monnoyeurs, la liberté leur était alors acquise, à la charge par le fisc d'en payer la valeur au propriétaire.

3°. Celui qui, publiquement, déclarait le ravisseur d'une vierge, obtenait aussi la liberté; et dans ce cas, le ravisseur était déclaré coupable d'un crime capital, quoiqu'il eût transigé avec les parens de la fille, ou que ces derniers eussent feint d'ignorer le rapt.

Suivant les nouvelles constitutions, si un patron avait chez lui une esclave sous le nom de concubine, et qu'il vécût dans la même habitude jusqu'à sa mort, la concubine et ses enfans étaient libres, à moins qu'il ne les eût légués à quelqu'un dans son testament, ou qu'il n'eût dit expressément qu'ils resteraient esclaves au profit de ses héritiers; *leg.* 3. *cod. communia de manum.*

§ II. Lorsque la manumission était de jurisdiction volontaire, c'est-à-dire toutes les fois qu'on pouvait affranchir sans l'autorité du magistrat, et qu'on voulait pourtant le faire en sa présence, il n'était pas de rigueur qu'il fût assis sur son tribunal. On pouvait donner la liberté en quel tems et en quel lieu que ce fût, soit lorsque le préteur ou le gouverneur passaient dans la rue, soit lorsqu'ils allaient au bain ou aux spectacles.

---

(1) Quoiqu'il ne fût point permis aux esclaves de refuser de devenir citoyens romains, ils pouvaient pourtant refuser la liberté, lorsqu'un testateur la leur avait donnée, et qu'il était incertain si ses biens suffiraient pour satisfaire les créanciers. *Cod. de testam. manumis. § si une quidam.*

Il en était autrement lorsque la manumission était d'une jurisdiction contentieuse, *v. g.*, lorsqu'un mineur de vingt ans voulait donner la liberté à un esclave, ce qui ne pouvait se faire que *causâ cognitâ et apud magistratum*, comme on le verra au titre suivant, § IV.

§ III. Dans les premiers tems de la ville de Rome, il n'y avait qu'une seule espèce d'affranchis, qui ne différaient de ceux de qui ils tenaient la liberté, qu'en ce que ces derniers étaient appelés à leur égard *patrons*, et qu'ils étaient appelés eux-mêmes *libertini quasi à servitute liberati.* Il en fut introduit dans la suite trois différentes conditions; les uns acquéraient une pleine et entière liberté, et devenaient citoyens romains; (c'étaient ceux qui avaient été affranchis de la manière dont nous avons parlé ci-dessus au § Ier.)

Les autres étaient ceux que les romains transplantaient, d'une province qu'ils venaient de subjuguer, dans une de leurs colonies; ceux-là jouissaient de leur liberté pendant leur vie, mais ils mouraient esclaves; c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient laisser d'héritier, ne pouvant jouir de la faculté de tester; leur pécule était assigné aux Romains. *Junius Norbanus*, alors consul, fut l'auteur de cette loi; c'est pourquoi ils furent appelés *Latins Juniens*, *liberti latini*, *id est romani;* parce que c'était d'eux qu'ils tenaient l'espèce de liberté dont ils jouissaient: je dis espèce, parce que c'était une liberté imparfaite; car ils n'avaient ni le droit de tester ni celui de contracter mariage; ce qui n'était accordé qu'à ceux qui étaient devenus citoyens romains.

L'union des esclaves et des affranchis *Latins Juniens*, se nommait *connubium;* celle des affranchis *dedititiens*, se nommait au contraire *contubernium.*

Les derniers, c'est-à-dire la troisième condition, était des mauvais esclaves que leurs maîtres, en punition de leurs crimes, avaient fait charger de liens, *marquer*, *fouetter*, *ou livrer au combat des animaux.* C'est pour cela que lorsqu'ils étaient affranchis, on les nommait *servi deditii*; c'est-à-dire qu'ils étaient mis au nombre de ceux qui, vaincus par les Romains, demeuraient soumis à un pouvoir discrétionnaire: *Tranquill. in August. chap.* 40: ils vivaient et servaient comme esclaves, et n'étaient libres qu'à leur mort. Cette liberté ne produisait d'autre effet que d'empêcher que leur maître ne s'emparât

de leur pécule, et de leur donner la capacité de les transmettre à leurs héritiers. Seuls, ils ne pouvaient jamais devenir citoyens romains, de quelque manière qu'ils fussent affranchis ; tandis que les autres parvenaient à *l'ingénuité*, lorsqu'ils obtenaient du prince la concession de porter l'anneau d'or, qui servait à distinguer les *ingénus* des *affranchis*.

Justinien, ami de son peuple, abolit par un motif d'humanité, et par deux constitutions différentes, la *liberté latine* et la *liberté dedititienne*, *cod. de lat. lib. toll. leg. unicâ et cod. de libert. dedititia toll. leg. unicâ*, afin qu'il n'y eût qu'une espèce de liberté, par laquelle les esclaves pussent acquérir tous les droits de citoyens romains, sans nulle différence pour les conditions dans la manière d'affranchir, et sans que l'âge du maître ni de l'affranchi, pût former le moindre empêchement.

Il donna même de nouveaux moyens d'acquérir la liberté qu'il venait d'établir ; comme lorsqu'un maître mettait hors de chez lui un esclave malade ; lorsqu'il vendait une esclave à la condition qu'elle ne serait point prostituée, en se réservant, dans ce cas, la liberté du châtiment, et que revenue en sa puissance, il l'eût dans la suite prostituée lui-même ; lorsqu'il avait dit qu'il voulait que son esclave fût *Latin*, c'est-à-dire *Romain ;* lorsqu'enfin il avait marié son esclave à un affranchi.

TITRE VI.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

Nous avons parlé des différentes manières d'*affranchir;* il faut voir maintenant quels sont ceux qui ne pouvaient point affranchir, et quelles sont les causes pour lesquelles on ne le peut point encore aujourd'hui.

Il y avait deux lois contraires à la liberté, la loi *aelia sentia*, et la loi *fusia caninia*, dont il sera parlé au tit. suivant. La loi *aelia sentia* était composée de plusieurs chapitres, dont quatre mettaient des bornes à la liberté d'affranchir; par le premier, il était pourvu à ce qu'un maître qui devait beaucoup, n'affranchît point ses esclaves pour frauder ses créanciers du prix qu'ils auraient pu en retirer, lorsque ses biens n'étaient pas suffisans pour satisfaire à toutes ses créances : la liberté donnée en ce cas, n'était comptée pour rien à l'égard des créanciers, quoique le maître ne pût la rétracter, si par hasard ses biens étaient suffisans; par la raison qu'il ne pouvait alors alléguer sa propre turpitude, et dire qu'il ne l'avait fait que pour frauder ses créanciers.

§. Ier. Il est cependant des cas où le maître insolvable peut instituer son esclave héritier, et lui donner à cet effet la liberté dans son testament, au préjudice de ses créanciers; c'est ce qu'on appelle héritier nécessaire; c'est-à-dire que dans tous les cas il est obligé d'être héritier; il est tenu, en cette qualité, de payer les créanciers, sous peine de voir vendre, en son nom, les biens de l'hérédité; la loi *aelia sentia* a justement donné cette concession, afin que la mémoire d'une famille illustre ne fût point ternie par une vente ignominieuse.

Cependant, il est quelques cas où un esclave n'est pas héritier nécessaire, quoiqu'il soit institué avec la liberté. Par exemple, si quelqu'un a chargé son héritier de donner la liberté à son esclave, et que cet héritier, à sa mort, laisse à l'esclave la liberté en le nommant son héritier; 2°. si le testateur avait acheté un esclave, à la charge par lui de l'affranchir,

et qu'à sa mort, il l'institue son héritier; 3°. il en est de même de l'esclave qui a donné lui-même l'argent pour se faire acheter, parce que le testateur était obligé de le rendre libre, *ff. de haered. inst. leg. si servo;* dans tous les cas, l'esclave ne peut être forcé d'être héritier nécessaire, dès qu'il peut avoir la liberté autrement.

§ II. Quoique un esclave ait été institué héritier, sans qu'il ait été fait mention dans le testament, du don de sa liberté, on est cependant censé, par la seule institution, avoir voulu la lui donner; car il n'est pas vraisemblable que le défunt, en l'instituant son héritier, ait prétendu lui refuser ce qui lui était essentiellement nécessaire pour en remplir les fonctions.

§ III. Un testateur est présumé avoir voulu frauder ses créanciers, lorsqu'au tems où il affranchit ses esclaves, il est réellement insolvable; ou, lorsqu'il le devient précisément par cette générosité. Cependant, comme le pire état doit être toujours le plus favorisé, il a prévalu de dire que l'insuffisance de ses biens ne nuit pas à sa volonté par rapport à la liberté des esclaves, si, d'ailleurs, il n'a pas eu véritablement le dessein de frauder, et qu'en même tems il soit constant que ses biens soient réellement insuffisans, parce que le testateur pouvait fort bien ignorer qu'il eût un aussi grand nombre de créanciers; ou parce que les hommes partagent tous la commune erreur de croire que leur fortune est considérable; ce qui le constituerait dans la bonne foi.

§ IV. Par le second chapitre de la loi *aelia sentia*, un mineur de vingt ans ne pouvait donner la liberté que *vindicta*. *Vide* le § Ier. du *tit.* précédent, et *au Conseil.*

Le conseil était composé à Rome de cinq sénateurs, et d'autant de chevaliers; dans les provinces, de vingt-cinq commissaires ou sénateurs *municipaux*, qu'on appelait *recuperatores*. Ce conseil examinait si les causes qui engageaient le mineur à faire cette faveur à quelque esclave, étaient justes; cette connaissance était nécessaire, parce qu'à cet âge on se laisse aisément séduire, et qu'il est d'intérêt public d'empêcher que le mineur ne puisse être privé de ses biens dans un tems où la raison n'est pas encore formée; il fallait donc de puissans motifs pour légitimer l'affranchissement: par exemple, si un esclave avait sauvé la vie à son maître, ou l'avait mis à l'abri de quelque infamie.

§ V. Il y avait d'autres causes légitimes d'affranchissement, *v. g.* ; le mineur de vingt ans pouvait donner la liberté à son père (1), à sa mère, à ses frères ou sœurs, à son fils et à sa fille naturels (2), à son précepteur, à sa nourrice ou à son père nourricier ; à un esclave au moins de dix-sept ans, à la condition de le constituer son procureur pour les affaires du barreau (3) ; ou à une fille esclave pour se marier avec elle, pourvu toutefois qu'il l'épousât dans six mois ; enfin, à son condisciple, soit d'études, soit d'armes.

Nous avons dit que le mineur de vingt ans, qui avait affranchi une esclave pour se marier avec elle, devait l'épouser dans six mois ; mais il arrivait cependant que le mineur avait quelquefois des raisons légitimes pour se dispenser de s'unir à elle ; par exemple, s'il était infirme ou malade, et qu'il fallût attendre sa guérison, *ut ff. si quis causa, leg.* 2, § III *et* IV, ou si pendant l'intervalle de six mois, il était devenu *sénateur ;* car les sénateurs ne pouvaient, dans le premier tems, épouser des affranchies, ce qui n'a été permis que par les *novelles.*

§ VI. D'abord que le conseil avait une fois trouvé légitime la raison exposée par le mineur, qu'elle fût vraie ou fausse, *v. g.* ; si le mineur avait dit que l'esclave était son précepteur, quoique le contraire fût ensuite reconnu, le jugement rendu ne pouvait être rétracté ; ce qui avait été ainsi établi en faveur de la liberté (4).

§ VII. *Justinien* trouva fort peu raisonnable qu'un mineur de vingt ans n'eût, par la loi *ælia sentia*, la liberté d'affranchir que *vindicta ;* tandis qu'il avait le pouvoir de tester et de disposer à son gré, dans son testament, de la totalité de ses biens ; savoir, pour les mâles, à quatorze ans, et pour les femmes, à douze, *ut ff. de test leg. quâ ætate ;* d'instituer un héritier et de laisser des legs, sans pouvoir donner la

---

(1) Un fils peut avoir son père ou sa mère pour esclaves, lorsqu'un maître a institué le fils de son esclave, ou le fils d'une mère qui est aussi esclave ; il en est de même quant aux frères et sœurs.

(2) A son fils ou à sa fille, lorsqu'un maître a eu des enfans de son esclave.

(3) Les esclaves et les mineurs pouvaient administrer.

(4) Il en était autrement dans les affaires ordinaires, *si causa falsa esset ipso jure revocabatur*, *de re judicata*, *ff. leg.* 33.

liberté à aucun de ses esclaves ; ce prince ayant égard, d'un côté, aux motifs de l'antiquité qui avait prescrit l'âge de vingt ans, parce que la liberté étant d'un prix infini, il fallait que l'homme eût un raisonnement assez mûr pour, en la donnant, connaître la perte qu'il faisait lui-même ; d'un autre côté, voyant qu'il avait été anciennement permis de prendre pour son procureur, une personne de dix-sept ans pour régir les affaires du barreau, crut devoir prendre un juste milieu, c'est-à dire, qu'il partagea le nombre d'années qu'il y a, entre quatorze ans accomplis, âge auquel on avait *testamenti factionem*, et vingt ans accomplis, âge auquel l'antiquité permettait d'affranchir *vindicta*, et qu'il accorda aux mineurs la faculté de donner la liberté à leurs esclaves à l'âge de dix-sept ans six mois, leur croyant alors le jugement assez solide.

Le troisième chapitre de la loi *aelia sentia*, avait établi qu'un mineur de trente ans ne serait affranchi que *vindicta*, ou par testament ; s'il était affranchi *vindicta*, il devenait citoyen romain ; s'il l'était par testament, il ne devenait qu'affranchi *latin ;* c'est-à-dire qu'il n'obtenait qu'une liberté égale à celle dont il est parlé ci-dessus § III, *tit. V*.

Le quatrième chapitre ordonnait que les mauvais esclaves qui avaient été affranchis, deviendraient *dedititiens*, c'est-à-dire incapables d'obtenir jamais le nom de citoyen romain, de quelque manière d'ailleurs qu'ils eussent été affranchis : nous en avons parlé au § III, *tit. V*, ci-dessus.

Justinien ne fait point mention dans ses institutes, de ces deux derniers chapitres, parce qu'ils n'étaient presque plus en usage de son tems, comme il le dit lui-même au *§ III du tit. V*.

TITRE VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

La loi *fusia caninia* avait fixé le nombre des esclaves qu'un maître pouvait affranchir par son testament ; mais comme l'on trouva fort injuste qu'il fût permis entre-vifs et non à l'heure de la mort, de donner la liberté à tous ses esclaves ; pourvu qu'il n'y eût point d'empêchement, *ut fraus vel aetas manumittentis, ut sup. tit. in principio et* §°. *ex.* Cette loi fut abrogée comme nuisible et odieuse à la liberté; elle contenait deux chapitres.

Par le premier, elle déterminait le nombre d'esclaves qu'on pourrait affranchir par testament : le maître qui en avait deux, pouvait leur donner la liberté ; celui qui en avait trois, n'en pouvait affranchir que deux ; de trois jusqu'à dix, la moitié ; de dix jusqu'à trente, la troisième partie ; de trente jusqu'à cent, la quatrième partie ; de cent jusqu'à cinq cents, la cinquième partie. Ce dernier nombre était le *maximum*, le maître eût-il eu dix mille esclaves.

Par le second chapitre, il était prescrit qu'on ne pourrait affranchir par testament que *nominatim* : mais le sénatus-consulte *orphitien* permit d'affranchir par testament, sous le nom de l'emploi que les esclaves occupaient.

TITRE VIII.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Il reste une autre division des personnes : nous venons de parler des *ingénus*, des *affranchis* et des *esclaves*, qui tirent leur origine du droit des gens secondaire ; parmi eux, certains sont *indépendans* ; d'autres sont soumis à la puissance d'autrui. Cette seconde division tire son origine du droit civil, composé partie du *droit des gens*, partie du droit *propre à chaque cité ;* nous allons voir quels sont ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui ; ce qui pourra nous faire connaître facilement quels sont ceux qui sont *indépendans*.

Parmi ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui, il y en a qui sont soumis à la puissance de leurs *parens*, dont il sera parlé au *titre* suivant ; et d'autres qui sont soumis à la puissance de leurs *maîtres*.

§ Ier. Les esclaves sont ceux qui sont sous la puissance des *maîtres*, lesquels ont sur eux un pouvoir absolu, et qui acquièrent tout ce qui peut leur provenir, soit par leur travail, industrie ou succession ; le droit des gens secondaire a introduit cette puissance, qui s'observe chez toutes les nations, malgré qu'elle soit contraire au *droit primitif*, c'est-à-dire au droit naturel.

§. II. Par le droit ancien, les maîtres avaient sur leurs esclaves le droit de vie et de mort ; mais par le droit nouveau, il ne leur a plus été permis de les livrer à des punitions excessives, que pour des raisons approuvées par les lois, *v. g.*, si un esclave avait su qu'on tendait des embûches à son maître, sans l'en avertir ; s'il l'avait vu en danger, sans lui prêter secours ; s'il avait été surpris en adultère avec la femme de son maître.

Par un motif d'humanité, l'empereur *Antonin* avait ordonné que celui qui, sans raison légitime, donnerait la mort à son esclave, serait déclaré coupable d'un crime, et puni comme tel.

§ III. Les gouverneurs des provinces s'étant adressés à ce prince pour

faire réprimer la cruauté des maîtres, qui obligeaient leurs esclaves, pour éviter la rigueur des punitions, à se réfugier dans les temples, et à embrasser sa statue, il fut établi que, si les maîtres maltraitaient trop sévèrement leurs esclaves, ils seraient forcés de les vendre. Le rescrit de ce prince, envoyé à *Manlius*, était conçu en ces termes :

« Les maîtres ne doivent rien perdre du droit qu'ils ont sur leurs » esclaves; il est juste de ne priver personne de ses droits; mais dans » ces circonstances, il est de l'intérêt des maîtres qu'on ne refuse pas des » secours aux prières des malheureux esclaves, qui implorent justice » contre la cruauté, la faim et les outrages : c'est pourquoi ayez soin » de prendre connaissance des plaintes des esclaves de *Sabinus*, qui » ont été obligés de se réfugier à la statue sacrée; s'ils ont été mal- » traités ou outragés plus qu'ils ne le méritaient, faites-les vendre, sous » cette condition, qu'ils ne retomberont jamais sous la puissance de leur » ancien maître. Si *Sabinus* ne souscrit point à mes ordres, faites-lui » savoir que je le punirai sévèrement de sa désobéissance (1).

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 3. En France, les personnes se divisent en pères de famille et en fils de famille; les premiers, quelque soit leur âge, sont indépendans lorsqu'ils ne sont point soumis à la puissance paternelle; les seconds au contraire sont toujours, jusqu'à un certain âge, qu'on appelle *majorité*, dépendans de cette puissance.

Nous distinguons encore dans les personnes, les *impubères*, les *adultes*, les *mineurs*, et les *majeurs*. On est impubère jusqu'à dix-huit ans accomplis : on est adulte après sept ans : on est mineur jusqu'à vingt-un ans accomplis : et l'on n'est majeur que lorsqu'on a passé le dernier moment de la vingt-unième année.

---

(1) *Antonin* dit qu'il est de l'intérêt des maîtres, parce que s'il leur était permis d'être cruels envers leurs esclaves, ou il arriverait qu'ils les feraient mourir, ou qu'ils leur feraient prendre la fuite; ils se verraient ainsi privés à-la-fois, et de leurs esclaves et du prix qu'ils auraient pu en tirer : il dit qu'il est de l'intérêt du prince, parce qu'il lui importe d'avoir des sujets riches, et qu'ils seraient appauvris par la perte de leurs esclaves.

Les femmes, en France, sont mises au nombre des personnes soumises à la puissance d'autrui, puisqu'elles ne peuvent, sans l'autorisation de leurs maris ou de la justice, ester en jugement (art. 215 et 218 du Code civil.) Elles ne peuvent *donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit* ou *onéreux*, sans le concours de leurs maris dans l'acte (art 217). A quel autre caractère peut-on reconnaître la dépendance ?

On leur a cependant permis de disposer par acte de dernière volonté ; mais on sait que cet acte n'a et ne peut avoir d'effet qu'après la mort.

TITRE IX.

DE PATRIA POTESTATE.

Nous avons parlé ci-dessus de ceux qui sont sous la puissance des maîtres : nous parlerons maintenant de ceux qui sont sous la puissance de leursparens.

Nous ne pouvons avoir des enfans sous notre puissance, que ceux qui proviennent d'un mariage légitime.

§ Ier. Le mariage est défini :

L'union de l'homme et de la femme, qui ne doivent avoir qu'un même culte, qu'un même esprit, qu'une même affection pendant toute la durée de leur vie, *nuptias non concubitus, sed consensus facit. leg.* 30, *ff. de reg. jur.*

§ II. Le droit qui provient de la puissance paternelle, a pris sa naissance dans le droit des gens; il a pourtant reçu beaucoup d'extension par le droit civil des Romains : il n'est point de nation qui lui ait attribué autant d'avantages.

Les premiers effets de la puissance paternelle étaient, suivant l'ancien droit des Romains, le droit de vie et de mort, et celui d'acquérir par le fils tout ce qui lui provenait par son travail et son industrie. Le droit d'ôter la vie à ses propres enfans, fut aboli dans la suite, et réduit à de simples corrections : divers exemples nous prouveront à quel point se portait quelquefois la cruauté des pères.

L'empereur *Trajan* obligea un Romain à émanciper son fils, pour l'avoir trop sévèrement maltraité : l'enfant mourut bientôt après, et le père fut privé de la jouissance des biens qu'on accorde à celui qui a émancipé son fils.

2°. L'empereur *Adrien* condamna un père à l'exil pour avoir tué son fils, qu'il disait avoir surpris avec sa marâtre; parce que la puissance paternelle doit plutôt consister dans la tendresse que dans la cruauté.

3°.

3°. *Alexandre* voulut que le fils qui aurait mérité quelque grande punition, fût conduit devant le magistrat, qui interposerait l'autorité publique pour lui infliger la peine que le père aurait prononcée.

Par le droit nouveau, et tel qu'il était en vigueur au tems de *Justinien*, un père dans la nécessité, n'ayant rien pour soutenir son existence, avait le droit de vendre son fils, *leg. cod. de patr. qui filii suos distrax.*; 2°. tout ce que pouvait acquérir ce dernier, à l'exception des pécules castrense et quasi-castrense, était acquis au père; 3°. pour plaider, le fils devait obtenir une autorisation préalable de son père; 4°. il ne pouvait exister entr'eux d'obligation civile; 5°. le fils ne pouvait citer son père en justice qu'avec l'autorisation du magistrat; 6°. il ne pouvait intenter ni soutenir un procès contre lui, à moins qu'il ne se fût agi du pécule castrense et quasi-castrense; 7°. le père pouvait lui substituer pupillairement; 8°. il pouvait enfin lui donner un tuteur par testament, et le livrer même en adoption.

§ III. Nous avons sous notre puissance tous ceux qui sont issus de notre mariage, comme étant nos propres enfans; de même que les enfans et petits-enfans de nos enfans; et ainsi de tous les autres descendans par ligne masculine : il en est autrement des descendans par ligne féminine, c'est-à-dire de ceux qui sont nés de nos filles; parce que, quant à l'origine, les enfans suivent toujours la famille du père, et non celle de la mère.

La puissance paternelle s'acquiert de deux autres manières; par la légitimation et par l'adoption.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 4. La puissance paternelle, en France, ne tient point de la barbarie, comme chez les Romains. Un père n'a pas le droit d'ôter à son fils la vie qu'il lui a donnée. La loi ne laisse en son pouvoir que des

moyens de correction (art. 375.) Si le fils est âgé de moins de seize ans, le père, pour une faute grave, peut le faire détenir, un mois, dans une maison de réclusion (art. 376.) Depuis l'âge de seize ans jusqu'à la majorité, le fils pourra être détenu pendant six mois ; toutefois le père ne pourra point exercer ce droit sans avoir obtenu un ordre d'arrestation du président du tribunal d'arrondissement (art. 377.) A Rome, la puissance paternelle était une souveraineté due au chef de famille. En France, on a voulu qu'à défaut du père, la mère pût l'exercer, avec le concours néanmoins de deux proches parens paternels.

Lorsque le père ou la mère ont convolé en secondes noces, et qu'ils veulent imposer une correction à l'un des enfans du premier lit, la loi ne s'en rapporte plus alors aveuglément à leur tendresse : le sentiment doit être nécessairement réfroidi, s'il n'est éteint par le second mariage.

S'il existe de mauvais fils, il peut exister aussi des pères cruels et injustes ; c'est pourquoi on a permis à l'enfant détenu de présenter un mémoire au procureur-général, près la cour d'appel : ce magistrat, après avoir pris une connaissance exacte des faits, présente son rapport au président, qui révoque ou modifie l'ordre d'arrestation, (art. 383.)

A Rome, le mariage légitime, *justae nuptiae*, pouvait seul constituer la puissance paternelle ; mais on a pensé en France, avec juste raison, que les enfans naturels, légalement reconnus, devaient être placés *sous la direction de ceux que la nature oblige à les surveiller*, (art. 383.)

A Rome, sans l'autorisation de leur père, les fils ne pouvaient faire un testament valable ; cette législation rigoureuse n'a pu être adoptée parmi nous ; l'enfant en puissance de père et mère peut faire des actes de dernière volonté, si d'ailleurs il a l'âge requis.

Le père, à Rome, avait la jouissance des biens que le fils acquérait par son industrie, par succession ou autrement, *sine re patris* : de même en France la jouissance réservée au père par l'article 387 ne

peut s'étendre jusqu'aux biens que les enfans pourront acquérir, soit par leur industrie, par des legs ou donations.

A l'exemple du droit romain, le code civil admet trois manières d'acquérir; la puissance paternelle ou le mariage, l'adoption et la légitimation. Nous ferons le rapprochement et la concordance de ces dispositions, à la suite de ces différens titres.

TITRE X.

DE NUPTIIS.

Il sera question dans ce titre de ceux qui peuvent contracter un mariage légitime.

Pour contracter un mariage légitime, il faut être libre, *id est civis romanus*. Il faut le consentement des contractans, *nuptias non concubitus, sed consensus facit, leg.* 30, *ff. de reg. jur.*; qu'il n'y ait aucun empêchement prescrit par les lois; que les mâles soient pubères et les femmes nubiles; les mâles sont censés l'être à quatorze ans, et les filles à douze (1), soit qu'ils soient pères de famille ou fils de famille; si ce n'est que, dans le second cas, ils ont besoin, par préalable (2), du consentement des parens, en la puissance desquels ils se trouvent; parce que, par le droit naturel, l'enfant doit toujours honneur et respect à ses parens; ce qui a été confirmé par le droit civil, 1°. *patri invito suus hæres non agnascatur;* 2°. *Quia liberi in potestate existentes sunt res patris ne ut autem rei alienae legem dicere potest.* Ce consentement était absolument requis pour la validité du mariage : les anciens ont douté si les enfans d'un furieux pouvaient se marier, dès que le père n'était point en état de donner de consentement; à l'égard de la fille, la question n'a présenté aucune difficulté, à cause de la fragilité qui se trouve dans le sexe féminin : mais comme on doutait toujours touchant le fils, nous avons cru devoir aussi permettre à ce dernier de contracter mariage sans le consentement de son père furieux, mais à la manière prescrite par notre constitution, c'est-à-dire avec le consen-

(1) On peut fiancer à l'âge de sept ans.

(2) Nous disons par préalable, parce qu'un mariage clandestin, ou fait sans le consentement de ceux de qui on tient le jour, est nul et cassable : car, quoique l'on obtienne dans la suite sa ratification, les enfans nés auparavant ne deviennent point légitimes; cette ratification ne pouvant servir qu'à ceux qui naissent postérieurement, *leg.* 65, *ff. de rit. nup. et leg. etsi cod. de nuptiis.*

tement du curateur, qu'on nommait au père furieux, et de ses parens assemblés. C'était au moyen de ce consentement qu'on établissait la dot, et donation à cause de noces, eu égard à la quantité du patrimoine du père; le tout en présence du gouverneur de la province, ou de l'évêque du lieu.

Il en était de même lorsqu'un père avait été pris par l'ennemi, et qu'il restait trois ans sans revenir et sans donner aucune nouvelle. Une fille, quoique émancipée, mineure de vingt-cinq ans, a besoin du consentement du père, de la mère, ou des parens : mais un fils majeur de vingt-cinq ans, lorsqu'il a été émancipé, n'a pas besoin de ce consentement, *leg.* 25, *ff. de ritu nuptiarum*, quoiqu'il soit pourtant convenable et de bienséance.

Suivant le droit canon, on n'a besoin que du seul consentement des contractans; c'est ainsi que l'a décidé le concile de Trente, en validant des mariages faits par des fils de famille, à l'insçu de leurs parens.

On sait que les Romains connaissaient trois sortes de mariages, *nuptiæ contrahuntur inter cives romanos; contubernium inter servos; matrimonium inter peregrinos.*

Des empêchemens en ligne directe.

§ Ier. Il y a une infinité de personnes avec qui on ne peut contracter un mariage légitime.

Ce contrat est prohibé entre tous ceux que les enfans peuvent appeler nos pères, et que les aïeux peuvent appeler nos enfans : il en est ainsi de tous les ascendans et descendans en ligne directe, jusqu'à l'infini; en sorte que si *Adam* vivait encore, il ne pourrait se marier *; sive ex legitimo coïtu nati sint, sive non ; leg. et nihil ff. de rit. nupt.*

Ne peuvent contracter mariage, le père et sa fille, l'aïeul et sa petite-fille, la mère et son fils, l'aïeule et son petit-fils. Ces unions sont défendues et réprouvées par la nature et par les lois. C'est ce qu'on appelle *inceste*, crime que l'on punit du supplice le plus ignominieux. La délicatesse a été même portée si loin, qu'il en est de même de ceux qui ne sont réputés parens que par adoption, quoiqu'elle ait été détruite par l'émancipation : car vous ne pourriez épouser celle qui a

commencé d'être votre fille, ou petite-fille adoptive, à cause de l'honnêteté publique, *quia in copulandis nuptiis semper inspicitur honestas; leg. vel semper, ff. de rit. nup. cognatio naturalis solius sanguinis; cognatio civilis solius familiæ* (1), *cognatio mixta sanguinis et familiæ* (2).

Des empêchemens en ligne collatérale.

§ II. La ligne collatérale produit également des empêchemens, mais qui ne sont pas aussi étendus. On ne peut se marier entre frère et sœur, soit *consanguins*, soit *utérins;* et à plus forte raison, s'ils sont germains, pas même avec un frère ou une sœur adoptifs, tant que l'adoption subsiste; si elle se trouve résolue par l'émancipation, il n'y a plus d'empêchement: le père peut donc émanciper à son choix, ou son fils légitime, ou sa fille adoptive, afin qu'ils puissent se marier. Si quelqu'un veut avoir pour son gendre, son fils adoptif, pour lever l'empêchement, il doit émanciper sa fille qui, par l'émancipation, est exclue de la famille, et par conséquent cesse d'être regardée comme née de son père, *agnata patris;* les époux deviennent ainsi totalement étrangers, quant aux liens fictifs du sang, et l'honnêteté publique ne se trouve plus blessée.

Il existe cette différence entre la ligne directe et la ligne collatérale; que dans la première, l'émancipation ne produit aucun effet, quant à l'empêchement provenant de l'adoption: tandis que dans la ligne collatérale, l'émancipation rend la fille émancipée et le fils adoptif totalement étrangers, quant aux liens du sang, et les rend libres de se marier.

§ III. Nous ne pouvons épouser la fille de notre frère ou de notre sœur, ni sa petite-fille, quoiqu'elle soit à notre égard au quatrième degré: dès qu'il ne nous est pas permis d'épouser la fille de quelqu'un, nous n'avons pas la liberté d'épouser sa petite-fille: cette maxime est particulière à ce cas-ci; car elle ne s'entend que des enfans ou descendans des frères et sœurs. Prise dans le sens général, elle est fausse; car quoique je ne puisse pas épouser la fille de mon aïeul ou aïeule, je puis cepen-

(1) *Adoptio.*.

(2) *Ex legitimis nuptiis.*

dant épouser leur petite-fille ; ou, ce qui est la même chose, quoique je ne puisse épouser la sœur de mon père ou de ma mère, je puis cependant prendre pour femme leur fille, qui est ma cousine germaine, comme il est expliqué au § suivant.

Nous avons dit, que de cela qu'il ne nous était point permis d'épouser la fille de quelqu'un, nous ne pouvions épouser sa petite-fille ; la raison en est que nous leur tenons presque lieu de père. Il en est autrement de la fille de notre sœur adoptive ; c'est-à-dire de la fille de celle que notre père a adoptée pour sa fille : parce que nous ne sommes unis à elle ni par les liens naturels, ni par les liens civils : par les *liens naturels*, parce qu'elle est d'une autre famille : par les *liens civils*, parce que la fille de cette sœur adoptive, n'est pas en la puissance de sa mère. La puissance sur les enfans suit toujours le père et non la mère ; elle ne passe pas par conséquent en la puissance de celui qui a adopté la mère, quoique la mère y passe, *per adoptionem non contrahitur cognatio*. Cette mère ne nous est unie par l'agnation, ou pour mieux dire *quasi-agnation*, que parce qu'elle est en la puissance de notre père : si au contraire notre père avait adopté quelqu'un pour son fils, nous ne pourrions épouser les enfans de ce frère adoptif, parce que l'adoption produit cet effet, qu'elle fait passer en la puissance de l'adoptant tout ce que l'adopté a en la sienne.

§ IV. Il était permis, au tems de *Justinien*, aux enfans de deux frères ou de deux sœurs, ou d'un frère et d'une sœur, de s'unir par le mariage, (les enfans des frères sont ceux qu'on appelle *patrueles ;* et les enfans des sœurs sont ceux qu'on appelle *consobrini*.) Ce qui pourrait fort bien s'entendre, non des enfans naturels, mais des enfans des frères ou sœurs adoptifs, dont nous venons de parler à la fin du § précédent, duquel celui-ci n'est qu'une suite. Quant aux enfans des sœurs, il n'y a point de doute, parce que ces enfans n'étaient point en la puissance de leur mère, mais en celle de leur père : celui qui avait adopté les sœurs n'avait pu figurer entre elles aucune espèce de parenté, parce que, comme nous l'avons dit ci-dessus, elle ne se formait que par la puissance qu'avait l'adoptant sur l'adopté et sur les enfans de ce dernier. Il en est autrement quant aux enfans des frères adoptifs ; parce que les uns et les autres restent sous la puissance du père adoptant, et forment

par conséquent entre eux une espèce de parenté : mais il se peut aussi, qu'entre ceux-ci, l'honnêteté publique va se perdre dans le quatrième degré, en comptant selon le droit civil, ou dans le second degré, en comptant selon le droit canonique. Mais pourquoi restreindre ce § aux enfans adoptifs, puisque les enfans naturels, parens à ce même degré, pouvaient contracter mariage suivant le droit divin ; comme nous l'apprend Saint-Augustin, *chap.* 15 *et* 16 *de Civit. Dei;* il fut permis en différens tems ; et *Justinien* le sanctionna par une nouvelle constitution, *leg. celebrandi* 19, *ff. de nuptiis.*

L'empereur *Léon*, surnommé le *Philosophe*, le défendit dans la suite par ses *Baziliques ;* ce qui fut confirmé par le pape *Grégoire Ier ;* et on l'observe encore aujourd'hui ; car il n'y a que le pape qui donne les dispenses pour le mariage d'entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ; il faut même de grandes raisons pour les obtenir : comme pour le mariage des princes, ou autre juste cause, selon ce que l'on voit dans les lois ecclésiastiques, *part.* 3, *chap. 5*, *art.* 3. Les évêques ont eu, dans la suite, le droit de donner des dispenses au quatrième degré, et même quelquefois au troisième, que la ligne fût égale ou inégale, *decretales chap.* 8, *extra de consanguinitate et affinitate.*

§ V. La ligne collatérale ascendante, produit aussi des empêchemens. Nous ne pouvons épouser notre tante paternelle, quand bien même elle ne serait qu'adoptive ; ni par conséquent notre tante maternelle, ni nos grand'tantes paternelles ou maternelles, par la raison qu'elles tiennent presque la place de nos aïeux, et que nous descendons, pour ainsi dire, d'elles, c'est-à-dire indirectement, étant le même sang que celui de nos aïeux.

Nous avons dit ci-dessus que nous ne pourrions épouser notre tante, par conséquent notre grand'tante paternelle, quand bien même elles seraient adoptives ; la raison en est que tous ceux qui sont parens de notre père, sont les nôtres, même par adoption, *vide infrà de grad. cog.* la manière de compter les degrés.

Nous venons de parler des empêchemens résultans des liens du sang, tant en ligne directe que transversale ; nous parlerons maintenant des empêchemens résultans de l'affinité ou alliance.

§ VI. Nous devons nous priver encore de nous marier avec des personnes

personnes qui sont unies par alliance (1) ; car il nous est défendu de prendre pour épouse notre bru ni notre belle-fille, c'est-à-dire la femme de notre fils, ni la fille de notre femme, parce qu'elles sont regardées comme nos enfans ; c'est-à-dire dans le cas que la femme de mon fils soit veuve, car elle ne peut avoir en même-tems deux maris ; et dans le cas que notre femme soit décédée, car je ne puis avoir en même-tems deux femmes.

§ VII. Notre belle-mère (2) tenant presque la place de notre mère, ne peut être notre épouse : ce qui ne peut s'entendre pendant le tems que sa fille, avec qui nous sommes mariés, vit, ni pendant la vie de notre père marié en secondes noces, puisque la bigamie est défendue par le droit commun à l'égard de tous ; mais après que le mariage se trouve dissous par la mort de la fille ou par celle du père.

§ VIII. Le mariage est pourtant permis entre les enfans de deux conjoints, produits de part et d'autre d'un autre mariage (3), quoique ces enfans aient communément pour frères et sœurs ceux qui naissent du second mariage (4) ; c'est-à-dire que les enfans nés du premier mariage du père, deviennent frères consanguins des enfans nés depuis le convol ; et les enfans nés du premier mariage de la mère, deviennent également frères utérins des enfans nés depuis le second mariage ; cependant, ces premiers enfans nés de part et d'autre, d'un autre mariage, ne sont rien entre eux, parce que les parens ou *cognats* de la femme, deviennent parens du mari et non des autres parens du mari ; de même les parens ou *cognats* du mari, deviennent parens de la femme, et non de ses autres parens.

---

(1) L'alliance est la mixtion de notre sang avec un sang étranger: ainsi, généralement parlant, nous ne pouvons épouser aucun de ceux avec qui notre sang a été mêlé ; principe qui se suit dans ses conséquences.

(2) Belle-mère peut s'entendre de deux manières : on appelle *socrus* celle dont on a épousé la fille ; on appelle *noverca* celle que notre père a épousée en secondes noces.

(3) Ces enfans se nomment en latin, *conbrigni*.

(4) La sorte de parenté dont il est parlé dans ce paragraphe, se nomme *affinité* ; c'est un empêchement au second degré, suivant les constitutions des princes.

§ IX. L'honnêteté publique (1) est portée si loin, que *Julien* ne veut point permettre à un homme d'épouser la fille de celle avec qui il a fait divorce, et qui est devenue l'épouse d'un autre, duquel mariage cette fille est née; quoique cependant il soit de la dernière évidence que la fiancée du fils n'est pas pour cela la bru du père, ni la fiancée du père la marâtre du fils, parce que l'affinité ne se contracte point par les fiançailles, qui ne sont que des promesses de mariage, et non des noces.

§ X. Après avoir parlé des empêchemens concernant les personnes libres, voyons maintenant ceux qui concernent les personnes qui ne le sont pas.

Un père et une fille, un frère et une sœur, affranchis, ne peuvent s'unir par le mariage, à cause de la parenté contractée pendant leur servitude; car on observe, parmi les esclaves ainsi que parmi les personnes libres, les liens du sang et l'affinité; ce qui produit également chez eux des empêchemens au mariage, *ff. de ritu nupt. leg. adoptivus*, § 2 *et* 3, malgré qu'il soit prétendu qu'il n'y a point parmi eux de cognation, *ut infrà de cap. dim. § quod autem*; ce qu'on doit entendre de ce qui a été introduit contre eux par le droit civil, qui les prive du droit de succéder, de l'administration de tuteur, etc.; mais il n'y a point de droit civil qui puisse détruire les liens du sang et de la nature, qu'on respecte toujours en toutes conditions, dans la prohibition du mariage; donc, si deux esclaves qui veulent se marier, ont été affranchis, ils ne pourront en être empêchés que par la parenté: s'il n'y a que l'un d'eux qui ait été affranchi, ils en seront empêchés, et par la parenté, et par le droit civil, qui ne permet le mariage qu'aux personnes libres.

§ XI. Il est d'autres empêchemens propres à certaines personnes, pour bien des raisons rapportées au digeste: nous avons déjà fait mention 1°. de la servitude; 2°. de l'âge pour les mâles et pour les filles; 3°. de la consanguinité qui comprend les ascendans, descendans et collatéraux; 4°. de l'adoption; 5°. de l'affinité présente, passée et future;

(1) *Est ratio civilis propter memoriam proximæ, vel pristinæ necessitudinis.*

6°. du mariage à cause de la bigamie ; voici ceux dont il n'a pas été parlé ; 7°. le sénatus-consulte défend le mariage entre le tuteur, curateur et ses enfans, avec un pupille ou adulte, dont il a été le tuteur ou curateur, lui ou son père, *cod. de interdit. matrim. inter tut. lege prim. et sept.* 8°. La loi *Popia* et *Julia* défend le mariage entre les sénateurs et leurs enfans, avec leurs affranchis et autres personnes de vile condition, *ff. de rit. nupt. leg. Popia et cod. de nupt. leg. si libertam ;* ce qui a été cependant abrogé par la *novelle, ut lib. de cæt § si quis aut. coll. 6.* 9°. Le mariage est encore défendu entre un gouverneur et celle qui est sujette à sa jurisdiction, *ut cod. de nupt. leg. et si contra, et leg.* 10, *cod. si quacumque.* 10°. Il y a empêchement, lorsqu'on a tenu quelque enfant au baptême, *cod. de nupt. leg.* 26 ; 11°. à raison de l'honnêteté publique, comme il est dit ci-dessus au neuvième §, et au digeste *eod. tit. leg. si qua ;* 12°. lorsqu'on a reçu les ordres sacrés, *ut in authent. quomodo opport. episc. § neg. aut. collat.* 1.ª ; 13°. Les moines et les frères convers, quoique non constitués dans les ordres sacrés, ne peuvent contracter mariage, *ut in authent. de monachis § ante, collat.* 6ª, *et in authent. de nupt. § per occasionem collat.* 4ª ; 14°. Ce contrat est nul enfin, entre une fille enlevée qui se marie à son ravisseur, *ut. in authent. de rapt. mulier quae rapt. § 1, collat.* 9ª. Il a été fait des vers dans lesquels sont compris tous les empêchemens dont nous venons de parler.

Ætas, conditio, numerus, monachatus et ordo,
Optio, nubilitas, sanguis, tutela, potestas,
Fons sacer, adfinitas, raptus repugnat honesto.
Irrita quæ faciunt connubia legibus hæc sunt.

§ XII. Les mariages contractés au mépris des empêchemens dont nous venons de parler, sont, non-seulement nuls quant aux effets civils ; mais il a été encore établi des peines contre les infracteurs : ces conjoints ne peuvent avoir la qualité de mari ni de femme ; il n'y a ni noce ni mariage ; il n'y a point de dot en faveur de l'un ou l'autre des époux (1) : les enfans nés d'une telle union ne sont point sous la puis-

(1) Là où il n'y a point de mariage, il ne peut y avoir de dot, et par conséquent d'action en répétition de dot, *ut cod. de don. ante nupt. leg. sicut enim.*

sance paternelle, mais ils sont regardés comme enfans nés d'une femme publique, dont on ne connaît point le père, ou qui sont censés ne pas en avoir; en cas de dissolution de pareils liens, toute action (1) leur est déniée, soit pour répéter la dot, soit pour répéter les donations à cause de noces (2). Il est encore d'autres peines établies par les constitutions des empereurs, comme dans l'authentique *de incest. nup.* § 1er, *coll.* 2; *la perte des biens, l'infamie, ut cod. de incest. nupt. leg. qui contra, et leg. quis incest.; la confiscation des biens, la privation d'une charge ou dignité, le fouet, etc., authent. de incest. nup.*

On fait quelque différence entre les noces illicites, *illicitas*, les noces criminelles, *nefarias*, et les noces incestueuses, *incestas*. Les illicites sont celles qui sont contraires aux lois, sans être contraires à la nature. Les criminelles sont celles contractées entre les ascendans et descendans; les incestueuses sont celles contractées entre les collatéraux et les alliés.

§ XIII. Le mariage, sous les modifications que nous venons de décrire, est la voie la plus légitime d'avoir des enfans sous sa puissance; c'était même la seule dans le premier ordre de la république Romaine. Bien des considérations engagèrent dans la suite à introduire plusieurs autres moyens. La faveur de la puissance paternelle et l'état des personnes attachées aux princes et à la patrie, excita les bontés du législateur. Il fut permis à un père naturel de faire entrer ses enfans sous sa puissance, en les offrant au service des *curies* (3), ou du

---

(1) *Actio ex stipulatu*, laquelle est donnée pour la dot.

(2) Qui sont dévolues au fisc, lorsqu'il n'y a pas des enfans issus d'un mariage légitime, *authent. ut nulli judicum si quia verò in fine.*

(3) Romulus avait divisé le peuple Romain en trois *tribus*, chaque tribu en dix *curies*, et chaque curie en dix *décuries*. Toutes ces curies s'assemblaient quelquefois; c'est ce qu'on nommait assemblée générale du peuple, pour faire des lois *curiales*. Dans chaque décurie, il y avait un magistrat qu'on appelait *décurion*, qui représentait un sénateur romain; il avait inspection sur tous ceux qui composaient sa décurie. Cette charge était très-onéreuse; nul n'était bien-aise de la remplir; c'est pourquoi on lui donna l'effet de légitimer les enfans naturels que leurs pères présentaient pour l'occuper: on accorda ainsi en récompense la puissance paternelle au père, et aux enfans la capacité de succéder.

prince ou du gouverneur de la province dans laquelle il se trouvait : les enfans légitimés par l'acceptation de cette charge, devenaient, de cette manière, capables de succéder, concurremment avec les autres enfans du père ; mais ils n'acquéraient pas le droit *d'agnation ;* en sorte que les enfans légitimes du père n'avaient pas le droit de leur succéder, mais bien la curie dans laquelle ils avaient servi, *leg. 9, cod. de nat. lib.*

Les lois permettaient encore de donner la légitimité à des enfans naturels, en les instituant dans un testament, à la condition qu'ils serviraient dans les curies ; ils ne pouvaient, dans ce cas, se mettre en possession des biens de l'hérédité sans avoir rempli la condition imposée.

Les filles pouvaient aussi devenir légitimes, et acquérir le droit de succéder par la voie des curies, *v. g.* lorsqu'un père qui n'avait point de femme légitime, donnait en mariage sa fille naturelle à un décurion, *leg.* 3, *de nat. lib. cod.* Il faut observer qu'il fallait, dans tous ces cas, que le père habitât dans le territoire de la curie où il plaçait ses enfans, ou bien qu'il en fût natif, ou enfin qu'il fût de la ville où résidait l'empereur.

Il nous reste à parler de la légitimation (1). *Justinien*, dans ses *novelles*, établit que les enfans naturels pouvaient être légitimés par rescrit du prince, pourvu que le père ne pût point épouser sa concubine, et que d'ailleurs il n'eût point d'autres enfans légitimes. Les enfans naturels n'étaient pas toujours exclus des bienfaits de ceux qui leur avaient donné le jour ; 1°. si le père avait des enfans légitimes, il lui était permis de laisser à ses enfans naturels et à leur mère un *once* de son hérédité ; 2°. s'il ne restait que la mère naturelle, demi *once ;* 3°. s'il n'avait ni enfant légitime ni aucun des ascendans ayant droit à une légitime, il pouvait leur laisser tous ses biens, soit par donation, testament, ou toute autre disposition ; 4°. s'il y avait des ascendans ayant droit à une légitime, elle était distraite en leur faveur, et tout le reste appartenait aux enfans naturels ; 5°. si le père naturel mourait, au contraire, *intestat* et sans enfans légitimes, ses parens lui

(1) C'est un acte spécial des particuliers, par lequel les enfans naturels deviennent justes et légitimes.

succédaient, et les enfans naturels, avec leur mère, n'avaient à répéter sur l'hérédité que des alimens ; il fallait même qu'il apparût que la concubine et ses enfans vivaient avec le défunt pendant sa vie, et dans la même maison ; 6°. mais si les parens du père qui avaient succédé, venaient à mourir, les enfans naturels, alors, avaient à répéter sur les biens de leur père deux *onces*, à partager avec leur mère, qui devait avoir une portion égale à celle de chacun de ses enfans; 7°. si le père, ayant des enfans naturels, mourait *intestat*, laissant des enfans légitimes, ces derniers étaient obligés de donner aux enfans naturels les alimens, eu égard au patrimoine du père, *et arbitrio boni viri*. Comme il n'était permis d'avoir qu'une seule concubine, si le père avait des enfans naturels de plusieurs mères, ils étaient exclus de toute faveur, à cause de l'excès de débauche de leur auteur, que réprouvaient et les lois et la nature, *nov.* 89, *toto cap.* 12°. *de adoptionibus*.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 5. Nous ne connaissons en France qu'une sorte de mariage, par la raison que nous ne connaissons qu'une sorte de personnes ; ainsi nous n'aurons à parler que des noces, *nuptiae :* la puberté, le droit de cité, le consentement des parties contractantes, et le consentement des parens, sont des conditions pour la validité du mariage, tout aussi nécessaires en France qu'elles l'étaient à Rome.

La puberté est nécessaire pour contracter un mariage légitime, puisque la procréation de l'espèce est l'unique but de ce contrat. A Rome, on avait déterminé l'époque de la puberté à l'âge de quatorze ans accomplis pour les mâles, et à l'âge de douze ans accomplis pour les filles : en France, sous la monarchie, on avait suivi cette disposition : mais le nouveau législateur a pensé (1) que *cet usage donnait un démenti à la nature, qui ne précipite jamais ses opérations, et qui toujours est bonne ménagère de ses forces et de ses moyens :* il a reconnu *qu'il n'y avait*

(1) *Vide* Portalis dans les motifs de cette loi.

point de jeunesse pour ceux qui usaient du dangereux privilége que la loi leur donnait, et qu'ils tombaient dans la caducité au sortir de l'enfance. On a donc déterminé que la véritable époque du mariage était l'âge de dix-huit ans accomplis pour les hommes, et de quinze ans accomplis pour les filles (art. 144) : on a néanmoins reconnu qu'il pouvait se présenter des cas graves, qui nécessitaient des dispenses, que le Gouvernement s'est réservé le droit d'accorder. (Art. 245.)

Nous avons vu qu'à Rome, pour contracter de justes noces, *nuptiae*, il fallait être citoyen romain ; en France, dans les tems qui ont précédé la révolution, on avait pensé que le mariage, considéré comme sacrement, pouvait valablement se contracter entre un étranger et une fille *regnicole* : mais aujourd'hui que le mariage n'est plus regardé que sous les rapports d'un contrat civil, il faudra nécessairement être citoyen français pour contracter un mariage légitime : car le mariage est un des effets civils, et l'on sait que l'on n'a droit à cette jouissance, que lorsque l'on est citoyen. (Art. 7.)

Le consentement des parties contractantes est ce qui forme le contrat ; s'il n'y a point de consentement, ou s'il n'est pas libre dans l'un des époux, il n'y a point de mariage valable, et il peut être attaqué par l'époux dont le consentement n'a pas été libre. (Art. 180.) Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a erreur dans la personne ; le mariage peut alors être attaqué par la partie induite en erreur.

Le consentement des parens est requis parmi nous ; mais nous sommes loin de suivre, à cet égard, en tout point, la jurisprudence romaine. Le consentement du père, ou autres ascendans, y était un effet de la puissance paternelle, qui, comme nous l'avons vu plus haut, était une espèce de tyrannie ; aussi, on n'y requérait que le consentement des mâles, comme souverains de la famille. En France, ce consentement est fondé sur le respect que les enfans doivent aux auteurs de leurs jours, *honora patrem tuum et matrem*, dit la loi divine.

Le mariage n'est pas cependant toujours déclaré nul par le défaut du consentement des parens. On distingue à cet égard ; ou le fils qui se marie sans le consentement requis, est majeur de vingt-cinq ans, et alors le mariage est valable, (art. 151 ;) ou il est mineur, et, dans ce cas, la nullité du mariage est radicale et absolue. (Art. 148.)

Il a été reconnu qu'il existait des pères assez négligens ou assez barbares pour ne point établir leurs enfans ; c'est pourquoi le législateur a fixé un âge auquel le fils pût requérir le consentement de ses père et mère, sans pouvoir toutefois exercer contr'eux aucune action. (Art. 204.) Depuis l'âge de vingt-cinq, jusqu'à trente ans, le fils est tenu, avant de contracter mariage, de demander, par *trois actes respectueux*, le consentement de ses parens. (Art. 152.) Après l'âge de trente ans, un *acte respectueux* suffira. (Art. 153.) Les filles sont aussi soumises aux mêmes formalités ; savoir : pour les trois actes *respectueux*, depuis l'âge de vingt-un ans, jusqu'à celui de vingt-cinq ans seulement. (Art. 152.) Ces dispositions sont, sous quelques modifications, communes aux enfans naturels, légalement reconnus. (Art. 159.)

On a long-tems agité la question de savoir si les fils ou filles qui, en vertu de la disposition de l'art. 148, réclament de leurs pères, mères, aïeuls ou aïeules, leur consentement au mariage qu'ils se proposent, devaient être présens à la notification des *actes respectueux*. Après de longues dissertations sur les avantages qui pouvaient résulter de cette présence, il a été reconnu, par divers arrêts, que la loi ne l'a point exigée impérativement, et que les enfans pouvaient se dispenser d'accompagner les notaires (1).

Les formes du mariage ont varié chez tous les peuples ; mais comme elles doivent être conformes aux mœurs et aux usages du pays pour lequel elles sont établies, celles des Romains n'ont pu convenir à notre caractère national. La première condition parmi nous requise dans le mariage, est la publicité ; c'est pourquoi cet acte, le plus important de la vie de l'homme, est précédé de deux publications à huit jours d'intervalle. (Art. 63.) Il est célébré dans l'hôtel de la mairie, par l'officier civil du domicile de l'une des parties, en présence de quatre témoins. (Art. 74 et 75.) Il est dressé du tout acte authentique, qui reste consigné dans les registres de l'état civil, et dont tout individu peut se faire expédier un extrait. (Art. 76.)

Tous les auteurs s'accordent à dire que si *Adam* ressuscitait, il ne

(1) *Vide* la Jurisprudence du Code civil, tome *4 page* 368, et tome *5 page* 128.

pourrait

pourrait se choisir une épouse, par la raison que le mariage est prohibé à l'infini entre les ascendans, les descendans et les alliés au même degré : le Code civil a suivi, à cet égard, les dispositions des lois romaines, (art. 161.) Cette union a été considérée chez tous les peuples comme criminelle, et les causes de cette prohibition sont si fortes et si naturelles, a dit un orateur célèbre (1), qu'elles ont agi presque par toute la terre, indépendamment de toute communication.

Dans l'origine du monde, le mariage avait été permis entre frère et sœur; mais depuis que la population se fut augmentée, ces mariages furent regardés comme incestueux, et l'honnêteté publique en commanda la prohibition. Les Romains les eurent toujours en horreur; leurs lois proscrivirent même le mariage entre cousins-germains : mais le Code civil, en adoptant les anciens principes, n'a pas poussé jusques-là sa rigueur; il a permis le mariage entre les fils des frères et sœurs. *Cette union, indiquée par le droit naturel, tolérée par le droit divin, ne pouvait manquer d'être admise par notre droit civil.*

Le mariage est donc permis entre cousins-germains, mais il demeure à jamais prohibé entre beaux-frères et belles-sœurs (art. 162) : on ne pourrait même, dans ce cas, obtenir des dispenses. L'oncle et la nièce, la tante et le neveu, ne pouvaient contracter, à Rome, de justes noces; ces principes ont été consacrés dans leur entier par l'art. 163 du Code civil; cependant le Gouvernement a cru devoir, pour des motifs graves, se réserver le droit de donner des dispenses, (art. 164.)

Entre parens adoptifs, le mariage est prohibé en ligne directe descendante, mais il est permis en ligne directe ascendante; en sorte que l'adoptée pourrait épouser le père de l'adoptant (2).

Outre ces prohibitions, il est encore des mariages qui sont proscrits par l'honnêteté publique : si le législateur n'en a point fait un article du Code, c'est par la raison que ces principes sont gravés dans le cœur de tous les hommes. Il faudra donc, pour régir ces cas, s'ils se présentent parmi nous, s'en rapporter aux règles portées dans les lois romaines.

---

(1) Portalis, en ses motifs sur cette loi.

(2) *Vide* la Jurisprudence du Code civil, tome 2, *page* 39.

Les mariages illicites, quoique nuls, peuvent quelquefois, en France, à raison de la bonne foi, produire les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfans, (art. 201) : mais comme, en pareil cas, il est ordinaire qu'il n'y ait qu'une seule partie dans la bonne foi, le législateur a voulu que seule avec les enfans issus de son mariage, elle eût droit aux effets civils, (art. 202) : à Rome, cette distinction n'avait pas été admise, mais l'humanité lui destinait une place dans notre Code.

Pour déclarer illégitimes les enfans qui naissent d'une union prohibée, il faudra donc constituer les deux époux dans la mauvaise foi ; il faudra prouver qu'ils ont été tous deux volontairement coupables ; sans quoi l'épouse qui sera dans le cas de l'exception, pourra réclamer ses conventions matrimoniales : l'époux dans la bonne foi sera en droit de jouir de tous les effets attribués à un mariage légitime. Les enfans nés avant la déclaration de nullité, jouiront de tous les droits de famille ; ils succéderont tant à leurs père, mère, qu'à leurs parens collatéraux.

Chez les Romains, la femme était soumise à la puissance de son mari : parmi nous elle est confiée à sa protection, (art. 213) : chez ce peuple, elle était mise au nombre des *choses* appartenant à l'époux : en France, elle est la compagne fidèle de l'homme, qui est obligé de la recevoir dans sa maison, et de lui fournir toutes les choses nécessaires à la vie, (art. 214).

Le mariage, dont l'importance et la dignité fut sentie par tous les peuples civilisés ; ce contrat, qui fut regardé comme le plus sacré et le plus inviolable, n'est point parvenu jusqu'à nous sans acquérir un degré de perfection. Le *concubinage* admis chez les Romains, la *polygamie* en honneur chez divers peuples de la terre, ont été proscrits par nos lois : ils favorisaient le vice, émoussaient le sentiment, et portaient une atteinte mortelle au bonheur de la société conjugale. Nul ne pourra contracter en France un second mariage avant la dissolution du premier, (art. 147). Ce contrat, de sa nature indissoluble, était cependant dissous à Rome, de trois manières ; 1°. par la mort naturelle ; 2°. par le divorce ; 3°. par la mort civile. Ces principes ont été consacrés par l'art. 227 de notre Code.

Enfin, chez le peuple législateur, les femmes ne pouvaient se marier qu'après un an révolu depuis la mort de leur premier mari : le Code Frédéric régla l'intervalle à neuf mois: mais on a pensé parmi nous, que l'espace de dix mois était nécessaire pour rassurer *contre toute présomption capable d'allarmer la décence et l'honnêteté*, (art. 228.)

Quoique le concubinage public n'ait point été admis parmi nous, caché dans l'ombre du mystère, il ne laisse pas de fournir à la société des enfans sans état et sans famille ; ces êtres malheureux, qui n'appartiennent à personne, qui n'ont de certain que leur mère, de laquelle souvent ils sont abandonnés, ont été mis sous la surveillance et la protection de la patrie ; on s'est même occupé des règles par lesquelles ils pourront être élevés au rang d'enfans légitimes, lorsqu'ils ne seront ni adultérins, ni incestueux.

De toutes les manières de légitimer les enfans naturels, reçues chez les Romains, on n'a conservé en France que la légitimation *per subsequens*, (art. 331). Cette légitimation peut même s'étendre aux descendans des enfans naturels décédés, (art. 332.)

L'enfant naturel légitimé, jouit de tous les avantages et des mêmes droits que les enfans nés d'un mariage légitime, le vice de sa naissance est entièrement effacé, (art. 333.)

A Rome, la légitimation s'opérait par l'effet seul du mariage : parmi nous, il faut une reconnaissance préalable, ou tout au moins elle doit être contenue dans l'acte de célébration, (art. 331.)

Par enfans naturels, les Romains entendaient les enfans nés d'une concubine, ou femme du second ordre, et d'un commerce qui imitait le mariage : chez eux les enfans adultérins et incestueux n'avaient aucun droit à la légitimation ; ils étaient désavoués par les lois comme ils l'étaient par la nature. En France, le concubinage, comme nous l'avons observé, a été proscrit ; les enfans naturels ne peuvent donc avoir pour parens, que des personnes libres, c'est-à-dire, qui ne soient ni l'une ni l'autre engagées dans le mariage : ceux-là seuls ont quelques droits sur les biens de leur père, lorsqu'ils ont été légalement reconnus, (art. 757) ; ceux-là seuls peuvent être légitimés, (art. 331.) Quant aux enfans adultérins et incestueux, ils

furent le fruit d'un crime, et ils n'ont pas dû mériter la sollicitude du législateur, (art. 335.)

Par un motif d'humanité, on a cru devoir cependant leur accorder des alimens, (art. 762); ou tout au moins l'apprentissage d'un art mécanique, (art. 764.) Cette règle paraîtra peut-être rigoureuse, mais elle était d'une absolue nécessité; ne fallait-il pas distinguer les fruits de l'adultère et de l'inceste, des enfans nés d'un légitime mariage?

TITRE XI.

DE ADOPTIONIBUS.

§ Ier. Nous venons de voir comment nos enfans sont sous notre puissance : nous verrons maintenant comment des enfans étrangers y deviennent soumis. La puissance paternelle jouissait de tant d'avantages chez le peuple Romain, qu'il fut non-seulement permis de rendre légitimes des enfans naturels, mais encore de faire passer les enfans légitimes (1) d'un père de famille, soit étranger, parent ou allié, en la puissance d'un autre père de famille. C'est ce qu'on appelait adoption (2).

§ II. Mais aujourd'hui, l'adoption proprement dite a été changée dans ses effets par la constitution, au *code de adop.*, *leg. cum in adoptivis;* il a été établi que, lorsque les enfans seraient donnés en adoption à une personne étrangère (3), le père naturel (4) conserverait sur eux la

(1) Nous disons *les enfans légitimes*, car on ne pouvait donner les enfans naturels en adoption, par la raison qu'ils n'étaient pas sous la puissance de leur père.

(2) L'adoption est un acte légitime imitant la nature, par lequel on devient fils de celui de qui on ne l'est pas, *leg.* 1ª., *ff. de adop.*, § 1°. Il était deux espèces d'adoptions, l'adoption *spéciale*, et *l'adrogation*. La première se faisait par l'interposition d'un magistrat, qui autorisait un père à faire passer ses enfans mâles ou femelles en la puissance d'un autre, soit qu'ils fussent ses fils, petits-fils, ou arrière-petits-fils. L'adrogation se faisait en vertu d'un rescrit du prince, par lequel il consentait que les personnes de l'un et de l'autre sexe, indépendantes, *id est sui juris*, fussent de leur gré déclarées enfans légitimes de celui qui désirait les avoir sous sa puissance, à laquelle ils demeuraient, anciennement, assujettis, sans distinction, avec tout ce qu'ils se trouvaient avoir en leur pouvoir : ils étaient tellement unis à cette nouvelle famille, que ces liens formaient des empêchemens au mariage entre les parens du père adoptif, *quia patri quasi agnascebantur.*

(3) Il faut entendre par étrangers, tous ceux qui ne sont point ascendans en ligne directe.

(4) On n'appelle *naturel* celui qu'il faut aussi entendre par père légitime, que pour le distinguer du père adoptif.

puissance paternelle, sans en rien transmettre au père adoptif, qui n'avait d'autre avantage que de les avoir dans sa famille, et de les compter au nombre de ses héritiers *ab intestat*, conjointement avec ses autres enfans; ils succédaient ainsi *ab intestat* au père adoptif, sans rien perdre de leurs prétentions sur le patrimoine du père naturel, auquel ils avaient encore le droit de succéder, soit *ab intestat*, soit *par testament*. Ils avaient même le droit d'attaquer par *inofficiosité* leurs dispositions testamentaires. Le père naturel, de son côté, conservait sur eux la puissance paternelle, et par suite de raison, ses effets; c'est-à-dire, le droit d'acquérir par eux tout ce qui pouvait leur advenir, soit par leur travail, soit par leur industrie, à l'exception des pécules castrense et quasi-castrense, sur lesquels ils n'avaient qu'un droit d'usufruit.

Il ne fut rien changé néanmoins à l'adoption qui se faisait par les ascendans en ligne directe, tant paternels que maternels: ainsi un père naturel, émancipé (1), qui donnait son fils en adoption à son père ou grand-père paternel, lui transmettait toute sa puissance, dont il se dépouillait entièrement. Il ne restait plus à cet enfant de prétention sur le patrimoine du père naturel; toutes ses espérances devaient se fixer sur le père adoptif à qui il était uni, et par les liens civils et par les liens du sang; il se trouvait avoir pour père celui que la nature lui avait donné, puisqu'il descendait directement de lui, et celui que la loi lui avait assigné par l'adoption. Il en était de même des enfans donnés en adoption au père ou au grand-père maternel, etc.: mais il n'en était pas ainsi de ceux donnés en adoption aux ascendans collatéraux qui sont compris parmi les étrangers, parce qu'ils ne sont nos pères qu'indirectement, et qu'on ne peut pas proprement dire que c'est d'eux que nous descendons. Mais revenant au sujet des ascendans en ligne directe, si le père adoptif détruisait l'adoption et ses effets, en émancipant l'enfant adopté, qui n'était plus par ce moyen en sa puissance, il rentrait en celle du père naturel, et lui succédait comme s'il n'avait jamais été en adoption (2). Il ne fut plus rien

(1) Car un père naturel, non émancipé, ne pouvait mettre en la puissance de son père ou aïeul, les enfans issus de lui par le moyen de l'adoption, par la raison qu'il ne leur aurait donné que ce qu'ils avaient déjà naturellement.

(2) Si le père naturel était mort, le fils émancipé par le père adoptif ne pouvait rentrer dans la famille du père naturel: il était donc privé de succéder, tant au père adoptif qu'au

changé à l'adrogation ; l'*adrogé* passait, comme ci-devant, en la puissance de l'*adrogateur*, s'unissait à sa famille, acquérait les mêmes droits que ses enfans naturels et légitimes, et par conséquent le titre d'héritier adoptif, *leg.* 10, § *ubi autem homo sui juris, cod. de adopt.* Cet acte ne mérita point l'attention du législateur, comme l'adoption ; parce que l'adrogation se passait entre des pères de famille, dont l'un, de son gré et dans une pleine connaissance, allait se mettre sous la puissance de l'autre ; au lieu que dans l'adoption, comme c'étaient des enfans qui, sans leur consentement, étaient transplantés dans une autre famille, il était nécessaire de pourvoir à ce qu'il ne leur en arrivât rien de préjudiciable.

§ III. Autrefois un impubère, quoique indépendant, *id est sui juris*, ne pouvait se donner en adrogation, parce qu'à cet âge il n'était point capable de donner un consentement valable, quoique assisté de son tuteur, lequel n'avait point assez de pouvoir pour disposer d'une personne libre. L'empereur *Antonin*, dans la suite, accorda cette liberté sous plusieurs modifications : on examina d'abord l'avantage qu'il en devait résulter pour l'impubère ; 2°. quels étaient les motifs de l'adrogateur ; si l'empereur, devant qui se faisait l'adrogation, la trouvait juste et honnête, c'est-à-dire, qu'il ne fût point arrêté par aucun des empêchemens dont nous parlerons aux paragraphes suivans, ni par plusieurs autres raisons qu'il était essentiel de considérer (1). Il donnait son rescrit sous deux conditions principales ; 1°. que l'adrogateur cautionnerait pardevant une personne publique, par exemple, un tabellion ; et que dans le cas où le pupille décédât en puberté, il rendrait les biens à ceux qui lui

---

père naturel ; ce qui était une injustice : c'est pourquoi, par le droit nouveau, nul ne peut être émancipé malgré lui, *nov.* 89, *chap. II, in princ. et cod. de emancip. lib. leg.* 4. Il en est de même dans l'adrogation : nul ne peut être mis hors la puissance de l'adrogateur s'il n'y consent ; *leg.* 9. *cod. de adop.*

(1) On ne peut adopter l'affranchie d'autrui, 1°. à cause du droit de patronage ; 2°. un tuteur ne peut adopter son pupille, à moins que ce ne soit pour son grand avantage : il faut même, dans ce cas, avoir parfaite connaissance des facultés de l'adrogateur, de ses mœurs, et de son âge, etc... Dans aucun cas, le tuteur ne pouvait adopter son pupille, s'il possédait moins de fortune que lui ; s'il s'était permis de le frapper, ou s'il lui avait tendu des pièges.

auraient succédé, s'il n'avait pas été adopté ; 2°. que l'adrogateur ne pourrait l'émanciper qu'en connaissance de cause ; et que même dans ce cas, il lui rendrait tous ses biens ; si au contraire, l'enfant sans une juste cause (1), était émancipé du vivant de l'adrogateur, ou exhérédé à sa mort, ce dernier était obligé de lui laisser la quatrième partie (2) de ses biens au-delà des *profectices* et *adventifs*, (les *profectices* sont ceux qui viennent du père ; les *adventifs*, ceux qui viennent par héritage des parens ou amis,) qu'il tenait du pupille, et dont il avait fait les fruits siens pendant la durée de l'adrogation.

§ IV. Il peut se rencontrer plusieurs empêchemens dans l'adoption. Un mineur, par exemple, ne peut adopter un majeur ; il serait inoui que le père fût plus jeune que le fils ; l'art doit en toutes choses imiter la nature. Celui donc qui veut prendre quelqu'un en adoption ou en adrogation, doit avoir au moins dix-huit ans de plus que l'enfant qu'il veut faire entrer dans sa famille : c'est à cet âge que l'on a atteint une

---

(1) Il sera parlé des justes causes d'exhérédation.

(2) Malgré que la *novelle* 18, *verbo hoc observando in omnibus*, veuille que la quarte soit de la troisième partie du patrimoine, cela doit s'entendre lorsqu'il s'agit de la légitime des enfans, *quarta legitima*, qui fut augmentée en leur faveur ; car elle ne l'était autrefois que de la quatrième partie du patrimoine. Il n'est pas à présumer qu'on ait voulu augmenter la quarte *treb.*, ni la *falcidie*, ni celle que l'empereur *Antonin-le-Pieux* a mise sur les biens de l'adrogateur, *argumento leg. præcipimus* 32, *in fine*, *verbo quidquid autem cod. de appell.* Il serait absurde d'imaginer que, quoique l'adrogateur eût des enfans légitimes, l'adrogé dût avoir à leur préjudice la quarte que la loi leur donne ; aussi, la loi 17, *au ff. de adop.* § *præterea*, prohibe l'adrogation lorsqu'on a d'autres enfans. Cependant, si par quelque faveur particulière, quelqu'un ayant des enfans légitimes, obtenait du prince la liberté d'adopter malgré la prohibition de la loi, ou qu'après l'adrogation il lui advînt des enfans légitimes, nous croyons équitable que si le père naturel légitime mourait *intestat* laissant six enfans, l'adrogé ne devrait avoir qu'une portion égale à celle des autres, et non la quatrième partie des biens : si au contraire le père mourait ayant disposé de son patrimoine, l'adrogé impubère aurait seulement le droit de partager avec tous les légitimaires la quarte, telle qu'elle est fixée par la *nov.* 8, c'est-à-dire au tiers du patrimoine lorsqu'il y a quatre enfans au moins, et la moitié lorsqu'ils sont cinq au plus ; parce qu'il serait de la dernière injustice qu'un fils qui n'aurait que la qualité de légitime, eût plus de droits que ceux qui seraient en même-tems et naturels et légitimes : ce n'est donc que lorsque l'adrogateur n'a pas d'autres enfans, que l'adrogé doit avoir la quarte *Antonine*.

pleine

pleine puberté : il ne serait pourtant pas nécessaire d'avoir, au-delà de cette puberté, un nombre d'années égal au nombre des enfans que l'on veut adopter ; parce que, suivant la nature, le même individu pourrait être père de plusieurs enfans dans la même année, s'il avait vécu avec plusieurs femmes.

§ V. Rien n'empêche pourtant qu'un homme qui n'a pas absolument d'enfans (1), adopte quelqu'un, non-seulement pour son fils ou sa fille, mais encore pour son petit-fils ou petite-fille, arrière-petit-fils ou arrière-petite-fille.

§ VI. L'adoptant peut encore faire prendre à un fils étranger la place de petit-fils légitime, et au petit-fils d'une famille étrangère, la place de fils dans la sienne propre (2).

§ VII. Il faut cependant observer que si un père adopte quelqu'un pour son petit-fils, comme s'il l'avait eu d'un fils naturel ou d'un fils adoptif qu'il tînt sous sa puissance, il doit préalablement avoir le consentement de ce fils naturel ou adoptif ; parce que nul ne peut nous donner des héritiers malgré nous ; ce qui arriverait dans ce cas, parce que ce petit-fils adoptif deviendrait fils légitime de ce fils naturel ou adoptif, et par conséquent son agnat : de manière qu'il tomberait ainsi en sa puissance après la mort de l'aïeul, qui le rendrait par voie de suite, son héritier : mais si au contraire l'aïeul donne son petit-fils en adoption, il n'a pas besoin du consentement de son fils, parce qu'il les a tous en sa puissance.

§ VIII. Les enfans adoptés ou adrogés, jouissent presque (3) dans

---

(1) Ni de femme, *leg. et qui uxores eod.* mais qui peut en avoir comme les eunuques, *Spadones*, qui, quoiqu'ils ne puissent engendrer, comme il sera dit au § 9, peuvent cependant se marier, *leg. 6, sed est quæsitum, ff. de lib. et post.*

(2) Mais non pas la place de frère, parce que, comme nous l'avons déjà dit, l'adoption doit imiter la nature, et qu'il n'est point naturel qu'un frère tire sa naissance d'un frère, *leg. 7, nec apud cod. de hæred. inst.*

(3) Nous disons *presque*, parce qu'il est des cas où ils ne jouissent pas des mêmes avantages ; comme lorsqu'un adopté a été émancipé, il n'est point appellé *ab intestat* à la succession de l'adrogateur, comme les enfans naturels légitimes, *ut inf.* § 2, *de hæred. quæ ab intest.* D'autre côté, le père adoptif n'est pas obligé d'instituer, dans son testament, l'adopté émancipé, *de hæred. quæ ab intest.* § 14, *verisimile, sed necessitas.*

tous les cas des mêmes avantages que ceux nés d'un légitime mariage; on n'en fait pas pour ainsi dire (1) de distinction ; c'est pourquoi, toutes les fois que par autorité du prince, un majeur se donnait en adrogation, ou qu'on adoptait tout autre qu'un étranger (2), en présence du préteur ou du gouverneur de la province, l'adrogateur pouvait livrer les adrogés en adoption à tout autre père de famille.

§ IX. Dans l'un et l'autre genre d'*adoption*, l'adoption ou l'adrogation peuvent avoir lieu, quoique les adoptans ne puissent engendrer ; tels sont les *eunuques;* il faut en exclure cependant les *châtrés*, parce qu'il y a cette différence entr'eux que les *eunuques* qu'on appelle *spadones*, ne sont privés de la génération que par accident ; au lieu que les *châtrés*, qu'on appelle *castrati*, le sont de naissance ; ils n'ont jamais eu comme les autres, la faculté de se reproduire ; l'empêchement provenant de la nature est toujours beaucoup plus fort que celui qui n'est survenu que dans le cours de la vie.

§ X. Quoique les femmes aient l'adoption passive, elles n'ont pas l'adoption active, c'est-à-dire, que quoiqu'elles puissent être adoptées ou se donner en adrogation, *ff. eodem, leg.* 21, elles ne peuvent pourtant pas prendre quelqu'un en adoption ou adrogation, parce qu'elles n'ont point de puissance, même sur leurs enfans naturels et légitimes, *quia jure veteri erat in manu mariti tanquam filia familias*, et que l'adoption active est un effet de cette puissance. Par un bienfait spécial du prince, il fut néanmoins permis à une mère, pour la consoler de la perte d'un fils qui serait mort en combattant, de prendre quelqu'un en adoption à sa place, *leg.* 5, *cod. de adopt.*

§ XI. Il est de la nature de cette espèce d'adoption, qui se fait par autorité du prince, que celui qui se donne en adrogation passe, non-seulement en la puissance de l'adrogateur, mais encore ses enfans et petits-enfans, qui deviennent les quasi-petits-fils de ce dernier, à moins

---

(1) Nous disons *pour ainsi dire*, parce qu'il y a pourtant distinction dans le fait ; en ce que les uns sont naturels et légitimes, et les autres sont seulement légitimes.

(2) L'on a déjà dit au § 2 ci-dessus ce qu'on doit entendre par étranger.

qu'ils ne fussent plus alors en la puissance de l'adrogé : c'est pour cela qu'*Auguste* voulant avoir en sa puissance *Germanicus*, qui s'y refusait (1), ne voulut adopter *Tibère* qu'après que celui-ci eut adopté *Germanicus*, afin qu'adoptant *Tibère* pour son fils, il eût en même-tems *Germanicus* en sa puissance, comme petit-fils.

§ XII. Nous avons vu jusqu'à présent l'adoption concernant les personnes libres ; il va être question maintenant de celle des esclaves et de ses effets.

Autrefois les esclaves acquéraient *la liberté latine*, lorsque leur maître (2) les recevait en adoption, suivant que *Caton* le rapporte dans ses écrits. C'est en conséquence de cet ancien usage que *Justinien* a voulu, par sa constitution au code de *lat. lib. toll. versiculo similique modo*, qu'ils devinssent citoyens romains, toutes les fois que leur maître les qualifierait du titre de fils, soit en présence du juge, soit dans des actes publics, sans pourtant qu'une pareille dénomination pût les rendre adoptés, et leur procurer les droits de fils légitimes, s'il n'y avait réellement d'ailleurs une adoption revêtue de toutes les formalités requises pour sa perfection, *quod non valet ut agitur, valeat ut valere potest.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 6. L'adoption avait été connue en France sous les rois de la première race (3) ; mais l'usage s'en était perdu sous ceux de la seconde : on avait même craint, dans la suite, de l'introduire dans notre législation. La Convention nationale décréta le principe, le Code civil l'a

---

(1) Nous avons dit que *Germanicus* se refusait à passer sous la puissance d'*Auguste* ; il était fondé en droit, parce que le consentement de l'adrogé était absolument nécessaire pour la validité de l'adrogation, *ut ff. leg.* 2, *in princ. cod. tit.*

(2) Il n'appartient qu'aux maîtres d'adopter leurs esclaves, et aux patrons leurs affranchis, parce qu'on ne peut être frustré de ses droits par le fait d'autrui.

(3) *Marculphe*, en ses Formules, liv. 2, chap. 13, *capitular.*

consacré. L'adoption est donc admise en France, non telle qu'elle fut chez les anciens, mais telle qu'elle convenait à nos mœurs et à notre caractère.

Par le droit romain, les majeurs de vingt-cinq ans avaient la faculté d'adopter : parmi nous l'adoption ne nuira pas au mariage ; elle ne sera permise qu'à celui qui aura atteint l'âge de cinquante ans, qui n'aura point de descendant légitime, et qui aura même perdu l'espoir d'en obtenir de la nature, (art. 343.) Les mâles, par l'ancien droit, à Rome, pouvaient seuls adopter : cette faculté est accordée en France aux personnes de l'un et de l'autre sexe. Pourquoi aurait-on refusé aux femmes une fiction, qui, seule, pourra les dédommager de l'amertume que produit toujours une union stérile? (*Loco cit.*) L'adoptant, chez les Romains, devait avoir au moins dix-sept ans de plus que l'adopté : la loi française n'en exige que quinze, *adoptio naturam imitans*; et, si la règle générale a fixé l'âge de la puberté au dernier jour de la dix-huitième année, il faut convenir que la nature a ses caprices, et que bien des hommes pourraient être pères à quinze ans.

L'adoptant, chez les Romains, pouvait avoir plusieurs enfans sous sa puissance, sans que cela nuisît à la faculté qu'il avait d'adopter. Parmi nous, si l'adoptant goûte les douceurs de la paternité, ou s'il a des descendans légitimes de ses enfans décédés, il y a empêchement à l'adoption. (*Loc. citat.*)

A Rome, l'époux, souverain de la famille, pouvait adopter, sans consulter son épouse. En France, on a pensé, pour maintenir l'ordre et la concorde dans la société conjugale, que le consentement des deux époux était nécessaire, (art. 344.) Les Romains pouvaient adopter les impubères : parmi nous ce contrat nécessite, pour sa validité, le consentement libre de l'adopté ; il doit donc avoir atteint l'époque de sa majorité, depuis cet âge même, jusqu'à sa vingt-cinquième année : la loi l'assujettit à rapporter le consentement par écrit de ses père et mère, ou à requérir leur conseil, s'il est âgé de moins de vingt-cinq ans, (art. 346.)

Suivant la législation romaine, l'adopté perdait son nom et ne portait plus désormais que celui de son père adoptif. Suivant la loi française, l'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant à son nom propre, (art. 347.) Par l'ancien droit, à Rome, l'adopté

perdait tous ses droits dans sa famille naturelle ; Justinien changea cette législation, et c'est dans son dernier état qu'elle a été consacrée par notre Code : l'adopté ne sort point de sa famille naturelle, a dit l'orateur Gari ; (1) ses père et mère conservent sur lui tous les droits accordés aux pères sur leurs enfans majeurs ; ne fallait-il pas donner la préférence au père avoué par la nature et la loi, sur celui dont la loi seule avait formé la paternité? (Art. 348.)

Nous avons vu qu'à Rome, celui qui voulait se donner pour gendre son fils adoptif, n'avait qu'à émanciper sa fille pour détruire l'empêchement. Il n'en est pas de même parmi nous ; l'émancipation ne détruit pas la parenté, et le mariage demeure toujours prohibé entre les enfans adoptifs d'un même individu, entre l'adopté et les enfans qui pourraient survenir à l'adoptant, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. (Art. 348.)

Chez les Romains, il suffisait de la volonté des parties pour adopter : en France, cet acte doit avoir été précédé par six années au moins de soins et de secours rendus par l'adoptant à l'adopté, durant les jours de sa faiblesse. La loi a voulu s'assurer *que les sentimens paternels avaient commencé avant même qu'elle conférât à l'adoptant le titre et la qualité de père.* (Art. 345.)

Dans le dernier état de la législation romaine, l'adopté ne jouissait pas des droits de famille dans celle de l'adoptant ; il concourait seulement avec les autres enfans légitimes aux droits héréditaires de ce dernier. Ces principes sont suivis dans leur entier parmi nous. L'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parens de l'adoptant ; mais il jouit des mêmes droits que les enfans légitimes nés depuis l'adoption, (art. 350.) Le législateur, en fixant les droits de l'adopté sur les biens de son père adoptif, a prévu le cas où il décéderait sans enfans ni descendans légitimes ; il a pensé qu'il était équitable alors d'établir un droit de retour, en faveur de l'adoptant, ou de ses descendans, de toutes les choses par lui données à l'adopté. Le

(1) Dans son discours sur le projet de loi.

surplus des biens de celui-ci devant appartenir à ses propres parens. (Art. 351.)

Une exception à la règle générale, sur l'âge requis pour adopter, a été sagement établie en faveur de celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant : on a permis à ce dernier d'acquitter la dette de la reconnaissance, en faisant entrer dans sa famille son généreux libérateur; dans ce cas, la loi n'enchaîne pas sa volonté ; il lui suffit d'être majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfans ni descendans légitimes, et d'avoir le consentement de son conjoint, s'il est marié. (Art. 345.)

Selon l'ancien droit romain, l'adoption n'avait lieu que devant le *magistrat qui avait les actions de la loi*, ou devant le peuple ; mais dans la suite, on adopta par *rescrit du prince :* dans les deux premiers cas, il était de rigueur d'observer les formes solennelles du droit, qui variaient suivant l'âge et la qualité de la personne qu'on voulait adopter (1). Ces formes n'étant pas admises parmi nous, les parties doivent se présenter devant un juge de paix, qui retiendra acte de leur consentement respectif, (art. 353). Cet acte doit être soumis à l'homologation du tribunal de première instance ; et ce jugement doit être encore confirmé par la cour d'appel, (articles 354 et 357.) Après le cours de cette procédure, qui nécessite l'examen le plus approfondi de la conduite, des mœurs, de la fortune et du caractère de l'adoptant, de la part du ministère public, l'adoption est inscrite sur les registres de l'état civil, (article 359,) et produit tous ses effets envers l'une et l'autre des parties.

A Rome, la tutelle officieuse était inconnue ; c'est aussi en France une institution nouvelle, introduite comme une préparation à l'adoption ; elle a été savamment définie par l'orateur Berlier (2) : *un contrat renfermé dans le strict objet des secours qu'on promet aux mineurs ; un acte qui complette le système de bienfaisance*

---

(1) *Paul sentent. lib.* 2, *tit.* 25, § *penult. Aulugel. noct. attic. Heinec. antiq. Romæ, lib.* 1, *tit.* 11.

(2) En son discours sur le projet de loi.

du législateur, et qui, sans attribuer aucun des effets de l'adoption, ni en être la voie nécessairement préparatoire, en est plus exactement l'auxiliaire.

Du reste, ce contrat est, comme tous les autres, susceptible de toutes sortes de conventions, et son exécution est de rigueur.

TITRE XII.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

Nous avons déjà vu comment les esclaves pouvaient être affranchis de *la puissance dominicale ;* il est aussi différentes manières par lesquelles des enfans soumis à la puissance de leurs parens, peuvent acquérir l'indépendance. On en compte six; 1°. la mort naturelle ; 2°. la mort civile ; 3°. les dignités; 4°. la captivité ; 5°. l'émancipation; 6°. l'adoption.

Les fils de famille deviennent généralement indépendans par la mort naturelle, lorsque celui en la puissance de qui ils se trouvent, vient à décéder.

A le prendre dans un *sens plus étroit*, il faut distinguer, ou ils sont sous la puissance de l'aïeul, ou sous celle de leur père.

Lorsqu'ils sont sous la puissance de l'aïeul, ils ne deviennent pas toujours *sui juris* par sa mort ; car il faut qu'ils ne puissent pas tomber ensuite sous la puissance de leur père ; ce qui arrive lorsque l'aïeul n'existe plus ou lorsque son fils a été émancipé. L'effet de l'émancipation est tel que l'aïeul, en émancipant son fils, retient ses petits-fils lors nés ou conçus, sous sa puissance : en sorte que le fils ne peut ensuite jamais avoir en la sienne que ceux nés ou conçus postérieurement.

Lorsqu'ils sont sous la puissance de leur père, comme il n'y a plus personne qui puisse avoir droit sur eux(1), ils deviennent toujours *sui juris* par sa mort.

Un père peut avoir ses enfans en sa puissance, ou par l'émancipation, s'il a eu postérieurement des enfans, ou par la mort de l'aïeul, s'il n'en avait pas été lui-même émancipé pendant qu'il vivait; parce que, devenant son héritier sien, il acquiert de droit tous les biens que son père avait au tems de son décès, parmi lesquels se trouve le bien inestimable de la puissance paternelle sur ses enfans ; au lieu que ceux

(1) Car les femmes n'ont pas droit de puissance sur leurs enfans, § 10 *du tit. précédent.*

qui

qui étaient émancipés, étaient regardés comme étrangers à leur père et hors de leur famille; ils étaient par conséquent exclus de sa succession, dans laquelle se trouve comprise la puissance paternelle.

§ Ier. La mort civile est un effet des condamnations qu'encourent certains coupables, qu'un grand crime a rendus indignes d'occuper une place dans la société. C'est pourquoi ils en sont exclus, comme en horreur au reste des hommes, et privés de leurs biens, qui sont adjugés au fisc : *leg.* 3, *ff. de interd. et releg.* Tels sont ceux que l'on condamne à être déportés dans une île (1), pour les séparer des gens de probité, dans la crainte que ceux-ci ne fussent corrompus par leur commerce. Comme ces personnes perdent le titre de citoyen, ils perdent nécessairement la puissance paternelle qui en est inséparable, et sans lequel elle ne saurait subsister; c'est ce qui procure aux enfans l'indépendance, de même que si leur père était réellement mort; par la même raison, les enfans qui subissent de pareilles condamnations, sont exclus de la puissance paternelle (2); ainsi, la puissance paternelle ne peut jamais s'étendre que sur les citoyens : car, seuls, ils sont en droit de jouir des avantages propres aux membres de la société en général, et en particulier aux membres de chaque famille.

Le prince, comme premier dépositaire de la justice, peut seul les rétablir dans leur premier état. En recouvrant le titre de citoyen, ils recouvrent les droits de leur famille; le père, qui en est le chef, recouvre aussi la puissance paternelle, dont les lois l'avaient justement

---

(1) Le prince seul a le droit d'assigner une île aux déportés; lui, son chancelier, le gouverneur prétorien et le gouverneur de la ville, ont seuls le droit d'infliger cette peine, *leg.* 2, § 10 *de pœnis.*

(2) Nous avons dit *exclus de la puissance paternelle*, parce qu'on ne peut perdre les droits de citoyen et conserver cette puissance, par la raison qu'elle tient du droit civil, au lieu qu'on peut perdre les droits de citoyen et conserver la liberté, parce qu'elle a pris naissance dans le droit naturel où l'on ne fait que rentrer. On peut les comparer aux mauvais esclaves affranchis appelés *latini juniani*, *sup. tit.* 5, § 2 : car, quoiqu'ils ne perdent que le droit de citoyen sans devenir esclaves affranchis, ils n'ont pourtant qu'une liberté imparfaite, dès qu'ils ont l'île pour prison.

dépouillé, et qu'elles sont censées lui rendre dans le même esprit de justice. Ainsi, que ce soit le père ou les enfans qui aient été déportés, s'ils trouvent grace aux yeux du prince, ils rentrent tous dans leurs premiers droits (1).

La remise de la peine, faite par le prince, peut être générale ou spéciale; la *générale* est celle qui fait rentrer le condamné dans ses premiers droits, ce qui peut s'entendre en ces termes: *restituo te*, *leg.* 1re., § *ult. cod. de sent. pass.*, *leg.* 1re. *cod. et ff. de usu*, *leg. videamus*, § *in faviana.*

La *spéciale* est celle qui ne remet que la peine, sans donner le titre de citoyen; on est alors privé de tous les droits qui y sont attachés; on l'entend sous ces termes: *indulgeo tibi ut in specie*, *leg.* 2 *et leg. in insulam*, *cod. eod.*, *et leg.* 2, *ff. eod. de sent. pass. cod.*, *leg. generalis*, *leg. tutor*, *leg. cum indulgentia et de gener. abol. cod. leg. fin.*

§ II. La *relégation* ne produit aucun changement d'état: que le père ou les enfans soient relégués dans une île, la puissance paternelle reste toujours dans son entier, ainsi que les droits de citoyen. Tous juges, ayant la haute-justice, comme les gouverneurs des villes et des provinces, avaient le pouvoir de reléguer, pourvu que le condamné et le lieu destiné à la relégation fussent dans sa jurisdiction; autrement, c'était le prince qui en connaissait, *leg.* 7, *ff. de interd. et releg.* Il y a une grande différence entre le *relégué* et le *déporté*: le dernier l'est pour toujours avec la privation de ses biens et de son état, ainsi que s'il subissait une mort naturelle. Le relégué, au contraire, ne perd, ni le titre de citoyen, ni aucun des droits qui le concernent. Il y avait cependant une exception à cette règle générale; si un individu était relégué pour un tems, il conservait tous ses biens. S'il était relégué pour toujours, il en perdait souvent une partie par la confiscation, *leg.* 4, *ff. de interd. et releg.*

§ III. Il n'y a presque pas de différence quant aux effets civils, entre les déportés et les condamnés aux mines, à être exposés aux bêtes féroces, et autres peines de cette nature (2). Ils étaient également exclus

(1) *Libertus deportatus et restitutus*, *in libertinitatem recidit*; *leg. sive libertus*, *ff. de jure patronatûs.*

(2) Par le droit nouveau, une personne libre n'était jamais condamnée à cette sorte de supplice, *auth. de nuptiis*, § *quod autem.*

de tous les droits et qualités de citoyen, par conséquent de la puissance paternelle : la condition cependant des premiers était beaucoup moins rigoureuse que celle des condamnés, qui vivaient au milieu des tourmens, sans cesse menacés d'une mort prochaine : on les appelait esclaves de leurs peines, *servi pœnae*, parce que leur supplice était réellement leur maître, en ce qu'ils y étaient asservis par les chaînes et les poids dont on les accablait, soit pour augmenter leurs souffrances, soit pour qu'ils ne pussent s'en délivrer par la fuite.

§ IV. Les emplois dans la guerre et au Sénat, n'affranchissaient pas de la puissance paternelle : mais la seule charge de patrice avait cet effet du moment que les provisions étaient délivrées (1). Il était bien naturel que le souverain qui autorisait les pères de famille à affranchir les enfans de leur puissance par l'émancipation, eût lui-même le pouvoir de rendre indépendans ceux qu'il choisissait pour servir de pères au peuple. Nous disons pour servir de pères au peuple, parce que les patrices, pris toujours du nombre des sénateurs, étaient les seuls admis au conseil privé de l'empereur ; c'était à leurs lumières qu'il avait recours dans toutes les grandes affaires ; c'est pourquoi on les appelait *pères conscripts ; pères*, en ce qu'ils étaient, pour ainsi dire, les pères du peuple, puisque de leur opinion seule dépendait souvent son bonheur ; *conscripts*, parce que leur nom était gravé, soit à la couronne dont ils avaient droit de se décorer, soit à toute autre marque de leur dignité. On appelait aussi *patrices* les enfans des Sénateurs.

§ V. La captivité, chez les ennemis, ne causait point la destruction de la puissance paternelle, qui demeurait toujours en suspens, jusqu'à ce que celui qui avait été pris, mourût ou revînt dans sa patrie. Si le captif mourait père de famille, ses enfans étaient censés avoir été indépendans dès le premier moment de sa captivité, *loi* 12, *ff. de capt., et de post. lim., et ff., leg.* 12, *qui test. fac. poss.* ; si le captif, père de fa-

(1) *Cod. de const., leg.* 28, *liv.* 12. Cependant, par la novelle 81, le même privilége fut attaché à plusieurs autres charges, comme à celle de consul, de préfet prétorien, de préfet de la ville, d'écuyer, etc. Ces espèces d'émancipation ont cela de particulier, que l'on conserve néanmoins tous les droits de fils de famille.

mille, revenait, ses enfans étaient censés n'avoir jamais été hors de sa puissance par le droit de retour, dont l'effet est de faire rentrer le captif dans tous ses droits, comme s'il était toujours resté dans sa patrie, qu'il est réputé n'avoir jamais quittée : *leg.* 16, *ff. de capt. et post. revert.*

Il en est de même pour les fils et petits-fils; s'ils meurent chez les ennemis (1), ils sont censés n'avoir plus été sous la puissance de leur père depuis leur captivité; si au contraire ils reviennent, ils rentrent dans la puissance paternelle, comme s'ils y avaient toujours demeuré. Les empires ont des limites comme les possessions naturelles; celui qui est détenu chez les ennemis, se trouve donc après les limites de sa patrie, *post limina patriae suae.* Celui qui revient dans sa patrie se trouve après les limites des ennemis, *post limina hostium.* Ainsi, que l'on soit chez les ennemis ou dans sa patrie, l'on est toujours *post limina.* On dit *recursus post limina* quand on revient dans les limites de sa patrie, dont on avait été éloigné C'est pour cela que si quelqu'un, se trouvant chez les ennemis, vient à être délivré, par la victoire que ses frères d'armes ont remportée sur eux, il est censé n'avoir jamais été en captivité; tout comme s'il vient à être pris par les ennemis dans les limites de sa patrie, dont ils se sont emparés, et qu'il ait été rendu libre par une défaite avant qu'il l'ait quittée, il sera néanmoins réputé de retour, *jure post liminis*, parce que la victoire étend les bornes d'un empire partout où elle demeure stable, et qu'il était par conséquent censé être chez les ennemis.

§ VI L'émancipation est un autre moyen propre à affranchir les enfans de la puissance paternelle; dans le dessein de simplifier la manière de procéder, on a aboli les anciens usages (2) : le premier était de supposer des ventes et des affranchissemens simulés (3); le second, de recourir au prince pour en solliciter un rescrit. Il est permis au-

---

(1) Les ennemis sont ceux qui nous ont déclaré la guerre, ou ceux à qui nous l'avons déclarée, *ff. de cap. et post. rev. leg. hostes.*

(2) *Vide Ulp. in fragment.*, *tit.* 10, *leg.* 12, *tubular.*, *tabul.* 4.

(3) En fraude de la loi des douze Tables, un père qui voulait émanciper son fils, le vendait par trois fois, moyennant une pièce d'argent qu'il recevait d'intelligence avec l'acquéreur

jourd'hui (1) aux pères de s'adresser directement à des juges compétens, comme aux magistrats municipaux, pour mettre hors de leur puissance leurs fils ou filles, petits-fils ou petites-filles, en conservant toutefois, en vertu de l'édit prétorien, les mêmes avantages qu'un patron a sur les biens de son affranchi (2), et la tutelle légitime, s'ils sont impubères.

§ VII. Il faut observer qu'un père qui a un fils, fille, petit-fils ou petite-fille, peut émanciper le fils ou la fille, et retenir en sa puissance le petit-fils ou la petite-fille, ou bien émanciper le petit-fils ou la petite-fille, et retenir le fils ou la fille en sa puissance, ou bien encore les émanciper tout-à-la-fois : il en est de même de l'arrière-petit-fils ou de l'arrière-petite-fille, *leg.* 28, *ff. de adop. et emancip.*

§ VIII. Un père qui donne son fils en adoption aux ascendans en ligne directe, ainsi que nous l'avons dit au titre précédent, § 2 (3), comme à l'aïeul ou bisaïeul naturels, est entièrement dépouillé, en leur faveur, de la puissance paternelle, en observant toutefois les formalités requises; c'est-à-dire, que l'adoption se fasse devant un juge compétent,

---

qui, par une convention tacite, s'était obligé à l'affranchir autant de fois, afin qu'après la troisième vente, le père fût réputé avoir abusé de sa puissance, et que l'enfant devint *sui juris*; *cod. de emancip. leg.* 6, *in glosâ.*

Il est à remarquer qu'il suffisait d'une seule vente, lorsqu'il s'agissait d'une fille ou d'un petit-fils, (les biens n'étant pas censés être aussi forts.)

(1) Par la constitution au code *de emancip.*, *leg.* 6.

(2) Le patron succède à son affranchi, s'il meurt sans enfans *ab intestat*, pour le tout; s'il existe un testament, il ne retire que la troisième partie des biens: dans le cas où l'affranchi laisse des enfans, le patron n'a rien, soit qu'il y ait un testament ou qu'il n'y en ait point. On établit pourtant une différence entre le patron et le père émancipateur, dans la manière de succéder; ce dernier a quelquefois toute la succession, si le fils a institué une personne infâme, *ff. si à parent. manumiss.*, *leg. paconius*; quelquefois il n'a rien, s'il a reçu de son fils le prix de l'émancipation, ou si le fils est au service, ou qu'il ait des biens, *castrenses*, *ff. si à pat. quis mat. leg.* 1°. § *si parens*, *et* § *est et alius*, *et fin. de test. mil. ff.* 29, *in fin. et leg. seq.* 19.

(3) Suivant aussi la constitution au code *de adopt. leg. cum in adopt.*

en présence de l'adoptant et de l'adopté, et avec le consentement exprès ou tacite de ce dernier (1).

§ IX. Les enfans conçus avant l'émancipation, ou avant l'adoption, quoiqu'ils n'aient pas encore vu le jour, restent sous la puissance de l'aïeul; par exemple, si la femme de notre fils se trouve avoir conçu, lors de son émancipation ou de son adoption; ils sont au contraire en la puissance du père émancipé ou de l'aïeul adoptif, si c'est après qu'ils ont été conçus.

§ X. L'émancipation doit être généralement libre, parce qu'un père ne peut presque jamais être forcé d'émanciper ses enfans : nous disons *presque*, parce qu'il est des cas où il peut être obligé de le faire, comme s'il a reçu un legs, à la charge par lui d'émanciper ses enfans, *ff. de cond. et demonst., leg.* 92, *si cui legatum.* Lorsqu'un impubère a été adopté, et qu'ayant atteint la puberté, il veuille être émancipé, l'adoptant ne peut le lui refuser, surtout s'il était d'une probité suspecte, *leg. non nunquam et seq. de emancip.* Il en est de même d'un mineur devenu majeur, *leg.* 6, *si quis minor, ff. de minor.* Si un père s'est emporté contre son fils, et l'a maltraité d'une manière outrée, *contra pietatem, ff. si à parent. quis fuer. man. leg. fin.*

Il en est autrement du fils qui ne peut jamais être émancipé malgré lui, c'est-à-dire, sans son consentement, *novell.* 89, *chap.* 11, § *generaliter, ff. de legit. et sen. leg. quod non ratione et argumento, leg.* 4, *in fine, et leg.* 5, *in fin. cod. de emancip.* Si cependant il était absent ou impubère, le père pourrait obtenir du prince la permission de l'émanciper : il en serait de même, s'il était impubère, parce que, dans ces cas, le fils ne peut donner de consentement; le père est donc autorisé à passer outre, et l'émancipation vaut comme si elle était faite dans les formes, *dictâ leg* 5ª. *in fine, cod. de emancip. verb. nisi sit infans, et infrà hoc libro, tit.* 18.

---

(1) A moins qu'il ne soit impubère, *infans*, parce qu'à cet âge on n'est point susceptible de consentement ni verbal ni tacite, *leg.* 5, *in fine, et* 32, *cod. de emancip.*

Il est à remarquer que l'impubère, ainsi émancipé, n'est pas pour cela *sui juris*; il ne l'est que respectivement au père, mais il se trouve sous la puissance de l'aïeul.

Il est aussi certains cas où un esclave ne peut être affranchi malgré lui : *leg. fin. § si verò quidam ibi nolentibus ; (voyez ci-dessus la note du § 1 du tit. 5.)*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 7. La plupart des dispositions contenues dans ce titre, n'ont point reçu d'application dans notre Code ; c'est pourquoi nous n'aurons à parler que de deux manières par lesquelles on peut être affranchi de la puissance paternelle ; savoir, le mariage et l'émancipation.

Chez les Romains, le mariage ne donnait pas au fils de famille l'indépendance ; quoique père de plusieurs enfans, il y demeurait assujetti, lui et les siens, jusqu'à l'émancipation : en France, cette disposition a paru trop rigoureuse ; le fils devenant époux, est émancipé *ipso jure*, (art. 476.) Il l'est même d'une manière si absolue, que dans le cas où un mineur marié deviendrait veuf, il ne retomberait point sous la puissance de ses père et mère.

Nous avons vu que chez les Romains on émancipait indifféremment des fils de famille encore dans la première enfance, et des fils de famille déjà dans un âge avancé ; parmi nous l'émancipation n'a été admise qu'en faveur des mineurs ; ceux en effet qui ont atteint la majorité, avec les forces du corps et la maturité du jugement, ne devaient-ils pas avoir acquis une entière indépendance ? A quel but la nature nous aurait-elle appris à cet âge à penser et à sentir, si nous ne pouvions être pénétrés du sentiment le plus cher, celui de notre liberté ? Le mineur devra donc avoir au moins quinze ans révolus pour être émancipé (art. 477.) Dans ce cas même, faudra-t-il qu'il le soit par son père, et à défaut, par sa mère. Si l'enfant est orphelin et abandonné à lui-même, il ne pourra être émancipé par le conseil de famille qu'à l'âge de dix-huit ans révolus, (art. 478.) Par quelle raison le législateur aurait-il permis l'émancipation à un âge moins avancé ? N'était-ce pas *décorer l'enfant d'un privilége dont sa propre faiblesse lui interdisait l'exercice ?*

L'un des principaux effets de la puissance paternelle à Rome, et qui

la faisait regarder comme un bien inestimable, était d'acquérir aux pères la propriété de tout ce que les enfans acquéraient *ex re patris*, et la jouissance indéfinie de tous les biens qui leur advenaient *sine re patris*. Parmi nous, comme nous l'avons vu *suprà*, cette puissance purement fondée sur le respect que les enfans doivent à leurs auteurs, n'attribue à ceux-ci que la jouissance des biens de leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation, (art. 384.) Ils n'acquièrent même cette jouissance qu'à la charge par eux de nourrir, entretenir et élever leurs enfans, (art. 385.) Cet avantage est commun à la mère après la dissolution du mariage, (art. 384.) Ces principes sont plus conformes à la nature ; ils aident mieux au concours de la prospérité générale.

En France, sous l'ancienne monarchie, la diversité des coutumes avait introduit deux sortes d'émancipation, *l'expresse* et la *tacite*. Cette distinction n'a pas été admise dans notre nouvelle législation. Il faudra donc une déclaration expresse du père ou de la mère pour la rendre valable, (art. 477.) L'émancipation est un bienfait qui doit porter avec soi le caractère de l'authenticité ; les formes voulues par la loi sont infiniment plus simples parmi nous, qu'elles ne l'étaient à Rome : il suffira de la déclaration du père, et à son défaut, de la mère, reçue par le juge de paix, assisté de son greffier, (art. 477.) Nous reconnaissons, comme les Romains, que l'émancipation est un acte volontaire ; aussi l'enfant n'aura pas d'action contre ses père et mère pour se faire émanciper.

Qu'on ne pense pas que le mineur émancipé soit pour cela livré à lui-même ; la loi l'a considéré comme ayant la capacité pour administrer ses biens, mais non pas pour les aliéner. Un curateur lui est spécialement nommé pour l'assister dans tous les actes autres que ceux d'administration, (art. 480.)

La loi punissait à Rome les enfans ingrats, qui abusaient de la liberté qui leur avait été donnée, en les replaçant sous la puissance de leurs pères ; le législateur a consacré cette règle dans son entier, (art. 486 ;) et pour être universellement sentie, elle n'a pas besoin de commentaire. Si donc le mineur émancipé annonce le vice de la prodigalité, il est dans la sagesse du père, de la mère ou du conseil de famille, de lui redonner les

les *entraves dont une trop grande et trop aveugle confiance l'avait délivré.*

A Rome, le fils, par la mort naturelle et civile de son père, devenait indépendant, s'il ne tombait en la puissance de son aïeul : en France, il n'en est pas de même, puisque cette puissance est justement partagée par la mère ; et que dans le cas où le père et la mère seraient morts, le mineur resterait sous la puissance d'un tuteur nommé à cet effet par le conseil de famille.

Il est à remarquer qu'en France, la captivité, la présomption d'absence et la condamnation à tems à une peine infamante, ne détruisent point la puissance paternelle, elle n'est que suspendue ; le père, en rentrant dans sa famille, y reprend la jouissance de tous ses droits.

A Rome, certaines dignités affranchissaient de la puissance paternelle : sous l'ancienne monarchie, l'épiscopat, les charges d'avocat-général, de procureur-général, de conseiller-d'état, etc., produisaient parmi nous les mêmes effets : le Code a gardé un profond silence à cet égard, mais il est facile d'en connaître les motifs ; nous avons déjà dit que, par la majorité, les fils acquéraient une entière indépendance, et nous ajoutons que nos lois organiques interdisent à tout individu l'accès à toute fonction publique, avant l'âge de vingt-un ans accomplis ; et l'on sait que les fils, à cette époque, ne sont plus, à proprement parler, sous la puissance paternelle.

TITRE XIII.

DE TUTELIS.

PARMI ceux *qui sui juris sunt*, c'est-à-dire, qui ne sont soumis ni à la puissance *paternelle*, ni à la puissance *dominicale*, il y en a qui sont sous celle d'un tuteur, d'autres sous celle d'un curateur, d'autres enfin qui sont totalement indépendans. Il nous sera facile de distinguer ces derniers, lorsque nous aurons acquis la connaissance des autres. Nous allons parler d'abord de ceux qui sont en tutelle.

§ Ier. Suivant la définition qu'en donne *Servius le jurisconsulte*, la tutelle consiste dans l'autorité et la puissance que la loi (1) donne (2) ou permet de donner (3) à quelqu'un, pour veiller principalement à la conservation, et successivement aux intérêts de celui qui ne peut le faire par lui-même, à cause de la faiblesse de son âge, quoiqu'il soit parfaitement libre (4).

C'est par la raison que le mineur a un besoin absolu de secours, que le législateur, pour un bien général, a voulu que cette administration fût forcée par rapport à celui qui gère, et par rapport aux pupilles, *leg.* 1, § 4, *de muner. et honor.*, *leg.* 6, *ff. de tut. vel cur. dat.* De-là vient que cette puissance diffère beaucoup de la puissance paternelle et de la puissance

(1) La loi des douze Tables a introduit la tutelle, qu'on appelle *légitime*, et a permis la *testamentaire*.

(2) C'est celle que l'on appelle *légitime*, dont il sera parlé ci-après au *titre* 18; ou bien celle qui est donnée par le juge, qu'on appelle *dative*, et dont il sera parlé au *titre* 20.

(3) C'est celle que la loi des douze Tables a permis de donner par testament, comme on va le voir au § 3 ci-après, et qu'on appelle *testamentaire*.

(4) Il est pourtant certains cas où l'on donne un tuteur à un esclave; comme lorsque quelqu'un est chargé de lui rendre *une hérédité avec la liberté*: de cela qu'il n'est pas libre, et que par conséquent il ne peut agir, on lui donne un curateur pour obliger l'héritier à accepter l'hérédité, *ff. de tutor. et cur. dat. ab his*, *leg. si impuberi*.

dominicale, puisque celles-ci procurent de grands avantages, *infrà*, *liv.* 2, *tit.* 9, § 1er. *et suprà*, *tit.* 8, § 2e.; et que la tutelle, au contraire, est un emploi onéreux, par lequel on répond de son dol, de sa faute ou de sa négligence manifeste, *leg.* 2, *cod. arbit. tutel.* Elle diffère encore de la *curatelle*, parce qu'un jeune homme, qui a atteint l'âge de puberté, peut gérer ses affaires, sans être obligé d'avoir de curateur, que dans le cas seulement où il voulût ester en jugement, *inf. tit.* 23, § 2.

§ II. Il suffit de la définition de la tutelle pour avoir une idée des devoirs du tuteur; ceux en qui résident cette autorité et cette puissance onéreuse, *vis ac potestas*, sont appelés tuteurs, c'est-à-dire, *protecteurs* et défenseurs de la personne qui leur est commise; de même qu'on appelle *Aeditui*, ceux qui sont commis à la garde et soins des églises; et *præfectus vigilium*, ceux qui courent la nuit pour veiller à la sûreté publique, *leg.* 3, § *sciendum ff. de offic. præfecti. vigi.*

§ III. Il est trois sortes de tutelles; la *testamentaire*, la *légitime* et la *dative*. Les parens sont autorisés à nommer à leurs enfans impubères, de l'un et de l'autre sexe, qui se trouvent sous leur puissance, un tuteur, soit par *testament* ou par *codicille*. Ces enfans ne peuvent le refuser que pour des raisons importantes, *leg. muto ff. de tutel.* Il n'est cependant point permis aux parens de donner un tuteur à leurs petits-enfans, quoique en leur puissance, s'ils sont dans le cas de retomber en la puissance de leur père, *inf. tit.* 12, *in principio*. Comme on le voit toutes les fois que l'aïeul meurt ayant son fils et ses petits-fils en sa puissance; parce que le fils, ainsi que nous l'avons déjà dit, comme son héritier sien, succède en tous ses biens, parmi lesquels est la puissance paternelle, qui lui acquiert plusieurs avantages, soit l'usufruit sur les biens de ses enfans, soit le droit de veiller et de défendre leurs personnes.

§ IV. On peut encore de la même manière donner un tuteur à des *posthumes*, parce qu'ils sont regardés comme nés dans ce cas-ci, ainsi que dans bien d'autres (1), pourvu toutefois que, s'ils étaient nés du vivant de ceux qui ont pourvu par testament à leur tutelle, ils

(1) *ff. de stat. hom. leg. qui de utero.*

eussent été leurs héritiers siens et en leur puissance, exclusivement à tout autre, parce qu'on ne peut être héritier sien, sans être en la puissance de celui à qui l'on succède, et sans pouvoir retomber en la puissance d'un autre: tel est le posthume, conçu avant l'émancipation du père, faite par l'aïeul, comme nous l'avons déjà dit.

Les enfans naturels peuvent encore avoir un tuteur par le testament de leur père, *leg.* 4, *cod. de conf. tut.*, pour la conservation de la portion des biens que la loi lui permet de leur laisser, *tit.* 10, § 13, *in fine.*

§ V. C'est en vain qu'un père donnerait un tuteur à son fils émancipé, par la raison qu'il ne jouit de cette faculté qu'à l'égard de ceux qui sont sous sa puissance, *suprà*, § 3: pour que ce tuteur pût gérer légitimement, il faudrait le faire confirmer par le gouverneur de la province (1), qui, en considération du choix fait par le père, l'admettrait, sans s'enquérir de ses facultés, et sans le soumettre à donner caution; pour la sûreté des biens du pupille, quoique cela se pratique dans les tutelles *datives*, parmi lesquelles on peut compter celles de cette espèce.

Comme les femmes n'ont pas de puissance sur leurs enfans, elles ne peuvent leur donner de tuteur testamentaire; mais dans le cas où, dans son testament, la mère aurait fait la nomination d'un tuteur, il ne pourrait entrer en fonction que du jour qu'il aurait été confirmé par le juge, qui, quoiqu'il n'exige pas de caution en considération du choix fait par la mère, s'enquiert cependant de ses facultés, (2) *leg.* 1ª. *cod. de conf. tut.*

---

(1) Les gouverneurs étaient pris du nombre des sénateurs; ils étaient envoyés par le prince dans les provinces voisines; c'est pourquoi on les appellait *pro-preteurs*, ou envoyés du prince, *legati principis*, *leg.* 1ª. *ff. de off. præsidis*; il y en avait d'autres qui étaient envoyés dans les provinces les plus éloignées de l'empire; on les choisissait dans le nombre des consuls; c'est pourquoi ils étaient nommés *pro-consuls.*

(2) Il est à remarquer que lorsque le père donne un tuteur sans en avoir le pouvoir, il est confirmé, sans caution et sans inquisition; au lieu que lorsque c'est la mère, son choix n'a d'autre effet que de dispenser le tuteur de donner caution; le juge ne s'abstient pas alors de s'enquérir des facultés, parce que le conseil d'une femme est plus fragile et plus susceptible de changement, *ff. de test. tut. leg. pater*, *et ff. qui pet. tuto. leg. fine. in principio.*

Il est un seul cas dans lequel il est permis à la femme de donner un tuteur à son fils, c'est lorsqu'elle l'institue héritier, encore même, dans cette hypothèse, le tuteur doit-il être confirmé par le gouverneur de la province, qui l'admet alors *sine inquisitione*, et sans le soumettre à donner caution, *leg.* 4, *cod. de test. tutela.*

TITRE XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT, ALIUD DE TESTAMENTARIA TUTELA.

Le père et le fils de famille peuvent être indifféremment nommés tuteurs dans un testament, (1) par la raison que la tutelle est une charge publique, et que les fils de famille sont regardés comme libres et indépendans dans tout ce qui est de droit public : *ut infrà de excus. tut. in principio. et de his qui sui vel alieni juris sunt, ff. leg.* 9. (2)

§ Ier. Non-seulement des personnes libres peuvent être valablement nommées dans un testament, pour exercer les fonctions de tuteur, mais encore celles qui ne le sont pas ; car il est permis à un maître de donner à son esclave, par testament, et la charge de tuteur de ses enfans, et la liberté.

Dans le cas même où il le nommerait seulement tuteur sans faire mention de la liberté, il est censé avoir entendu que l'esclave devînt libre (3), par le consentement tacite, qu'on peut présumer de l'élection qu'il a faite de sa personne, pour être tuteur de ses enfans. La faveur de la liberté aide encore beaucoup à une aussi juste interprétation,

(1) A moins qu'il ne soit tout-à-fait sourd ou muet, *leg. si. ff. de leg. tut.*, parce qu'un tuteur doit pouvoir parler et entendre, *ff. de tut.* § *pet. et* § *fin.*

(2) Surtout lorsque le fils de famille doit représenter une double personne, savoir, un père de famille et une personne publique, comme celle de magistrat et de tuteur ; mais lorsqu'il ne peut représenter qu'une simple personne, comme dans la *faction* d'un testament, qui est de droit public, il n'est point regardé comme père de famille.

(3) Nous disons qu'il *devînt libre*, parce que dans cette espèce, il ne peut, par testament, tenir directement la liberté du testateur, à moins qu'il ne soit institué héritier, ou qu'elle ne lui ait été léguée : c'est donc par fidéicommis qu'il doit l'obtenir, comme dans les deux espèces suivantes : le testateur est censé en avoir chargé le cohéritier du pupille ; ou si ce dernier a été exhérédé, il est censé en avoir chargé son héritier : c'est pour cela que Justinien a corrigé ce mot *directam*, qui se trouve dans ses *institutes* en ce même §, par sa constitution au code *leg.* 9, où il a substitué le mot *fideicommissariam.*

leg. 9 cod. de fid. lib. Cependant, si le testateur avait nommé, pour tuteur, un de ses esclaves, le croyant une personne libre, cet esclave ne pouvait retirer aucun avantage de cette disposition, parce qu'il est vraisemblable qu'il n'aurait point été nommé, si le testateur eût été instruit qu'il était son esclave; l'ignorance d'ailleurs peut être excusable; par exemple, s'il est mort peu de tems après avoir recueilli la succession, sans avoir eu le tems de prendre connaissance de sa consistance. L'esclave d'autrui peut encore être nommé tuteur, mais il faut que ce soit sous la condition qu'il n'entrera en tutelle que lorsqu'il sera libre (1); car une disposition pure et simple ne serait d'aucune utilité, comme si l'on nommait, pour tuteur, son propre esclave, sous cette même condition, *lorsqu'il sera libre*; dans le premier cas, l'esclave ne peut être tuteur qu'autant qu'il acquiert *la liberté*; ce qui est fort incertain, à moins que le testateur ne lui en procure le moyen, en faisant apparaître dans ses volontés dernières qu'il a entendu y pourvoir; comme lorsque le testateur ajoute à sa nomination ces mots, *lorsqu'il sera libre*, il est alors censé prier son héritier d'acheter cet esclave et de l'affranchir. Dans le second cas, au contraire, on ne peut pas présumer que le testateur ait voulu, comme ci-dessus, laisser la liberté à son esclave par *fidéicommis;* parce que, s'il eût voulu qu'il fût devenu libre, il lui aurait donné lui-même la liberté dont il pouvait disposer, puisqu'il était son propre esclave; au lieu qu'il paraît évidemment qu'il en a voulu laisser le soin au hasard, ce qui démontre la mauvaise intention du testateur; car il n'est pas naturel de faire dépendre d'un évènement incertain, ce qu'il est en notre pouvoir d'effectuer.

§ II. Un homme furieux et un mineur sont exclus de l'administration de la tutelle, soit que le testateur ait fait mention ou non de la folie ou minorité, parce que ces deux personnes sont incapables de gérer, l'une à cause de la faiblesse de l'esprit, et l'autre à cause de la faiblesse de l'âge, *ut de excus. tut. § item. major, et inf. de fid tut. in*

(1) Pour pouvoir être nommé tuteur, il faut avoir *testamenti factionem*, *ut ff. de test. tut. leg. testamento tutoris*, mais il faut entendre *testamenti factionem passivam*, *non autem activam*, *ut infrà de hæred. qualitate et diff.*, § 6 *testamenti.*

fin. Ils pourront cependant être tuteurs, lorsque l'un aura recouvré la raison, et que l'autre aura atteint l'âge de vingt-cinq ans : *cessante causâ impedimenti, cessat effectus incapacitatis.*

§ III. Il est permis de nommer un tuteur jusqu'à un certain tems ou depuis un certain tems ; au premier cas, la gestion finira au tems fixé ; et au second cas, elle commencera seulement, *leg.* 24, *ff. de act. et obl.*; tout comme depuis une condition, *v. g.* dès que Titius sera revenu des Indes ; ou jusqu'à une condition, *v. g.*, jusqu'à ce que Titius soit de retour, *inf. tit.* 20, § 1er. Le tuteur peut encore être nommé dans un testament avant l'institution d'héritier, quoique autrefois cela formât une difficulté, comme on le verra, *inf.*, *liv.* 2, *tit.* 20, § 34 : lorsque la tutelle devient un acte légitime, c'est-à-dire, lorsqu'elle est déférée par le juge, il ne peut y être ajouté ni jour ni condition expresse, *leg.* 6, § *tutoris*, *ff. de tut.*, *malgré qu'on le puisse par testament* ; à moins que la condition ne soit pure et simple, comme de donner caution ; quoique, au surplus, si cette tutelle ne renferme pas des conditions expresses, elle en renferme du moins des tacites : par exemple, que la tutelle finira à l'âge de quatorze ans ; que le tuteur sera tenu de rendre compte, etc.

§ IV. Comme un tuteur est donné principalement à la personne du pupille, soit pour son éducation, soit pour son entretien, *ff. de adminis. tut. leg. cùm plures*, § *cum tutor.* Comme par voie de suite, il est tenu de veiller à ses intérêts, *ut infrà*, *tit.* 25, § 18, on ne peut le nommer seulement pour certaines affaires ou pour certains héritages.

Avant d'en venir au § suivant, où il sera parlé des *enfans* et des *posthumes*, *Justinien*, pour l'intelligence, a voulu faire voir comment il faut les concevoir ; 1°. dans la dénomination de fils *filiorum*, on doit aussi comprendre les posthumes du premier degré, et cela exclusivement à ceux du degré suivant ; 2°. dans la dénomination d'enfans *liberorum*, on doit comprendre tant les petits-fils posthumes que tous les autres descendans ; 3°. enfin, par le seul nom de posthumes, on doit généralement entendre tous ceux des degrés de la ligne descendante.

§ V.

§ V. Ainsi, si quelqu'un donne un tuteur à ses fils ou à ses filles (1) *liis* et *filiabus*, il est censé aussi en avoir donné à ses posthumes mâles et femelles, parce que, comme nous venons de le dire, les posthumes se trouvent compris sous la dénomination de fils (2). Mais si, sous une seule dénomination de tuteur, on veut comprendre les fils et petits-fils posthumes, il faut distinguer la manière dont s'est exprimé le testateur; s'il a dit: je donne un tuteur à mes enfans *liberis meis*, alors il est censé en avoir donné, non-seulement à ses fils, mais encore à ses petits-fils posthumes. Si cependant il a dit: je donne un tuteur à mes fils, *filiis*, il est censé n'en avoir donné qu'à ses fils et non à ses petits-fils, parce que, autre chose est la dénomination de fils, autre chose est celle de petit-fils. Il faut pourtant observer que, s'il a dit: je donne un tuteur à mes posthumes, sous ce simple nom de posthume, se trouvent compris tant les fils posthumes, que tous les autres petits-fils posthumes, jusqu'au degré le plus éloigné, *inf. tit.* 13, § 1er., *liv.* 2, *et leg.* 13, *de inj. rupt. test.*; tout comme s'il a dit: je donne un tuteur à mes descendans *posteris*, parce que ce mot, comme le mot *liberis*, signifie tous les descendans, en quelque degré qu'ils soient, *leg.* 220, *ff. de verb. sig.*

---

(1) Sous le seul nom de fils, sont comprises les filles tant nées que posthumes: mais sous le seul nom de filles, on ne peut point comprendre les fils. Sous le nom d'enfans nés *natorum*, on comprend aussi ceux qui ne sont point nés *non natos*, toutefois qu'il s'agit de leurs avantages, quand même ils préjudicieraient à d'autres, *leg. qui in utero*, *ff. de statu hominum.*

(2) Sous le nom de fils, on entend quelquefois tous les enfans, *leg.* 84, *ff. de verb. sig.*; mais ordinairement on n'entend que ceux du premier degré.

TITRE XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Si un père meurt laissant des enfans impubères, sans avoir élu de tuteur, le législateur y a pourvu en déférant la tutelle au plus proche parent du côté du père *agnatis* ; ils sont appelés tuteurs légitimes, parce que cette tutelle a été introduite par la loi des douze tables.

§ Ier. Les *agnats* sont les parens collatéraux de notre père, descendans par mâles, d'une souche commune ; comme mon frère, son fils et son petit-fils sont mes agnats, parce qu'ils descendent par mâles de la souche commune, qui est mon père ; de même le frère de mon père, ses fils et ses petits-fils sont mes agnats, parce qu'ils descendent de la souche commune, qui est mon aïeul : il en est encore de même de l'oncle paternel de mon père, de ses fils et ses petits-fils, parce qu'ils descendent toujours par mâles de la souche commune, qui est mon bisaïeul, etc. Ils ne sont appelés *cognats* entr'eux que pour marquer leur étroite liaison, ne faisant qu'une même famille formée d'un même sang, pour ainsi dire nés tous ensemble d'un même père, en remontant à l'aïeul le plus ancien, pour former la souche commune ; ce qui fait que la *cognation* peut être considérée sous deux différens rapports : si on la considère sous le rapport spécial, elle ne regarde que les agnats, à cause de la *consanguinité* qui se trouve entr'eux, exprimée sous ce terme latin *cognati* ; mais si on la considère sous un rapport général, elle regarde et les liens de parenté par les mâles et les liens de parenté par les femmes, parce que tout *agnat* est *cognat*, et que tout *cognat* n'est pas *agnat*, respectivement l'un à l'autre : de-là vient que la parenté, par les femmes qui ne peuvent point former de souche, ne peut être confondue avec la parenté par mâles *agnatorum* ; par cette différence, que celle ci est un lien parfait de la nature, au lieu que celle-là est un effet du droit naturel qui a introduit le mariage, source de la *cognation*. C'est pourquoi le fils de votre tante, sœur de votre père, n'est pas votre *agnat*, mais votre *cognat*, *et vice versa*, parce qu'il ne

vous est uni que par la ligne féminine, et que les enfans suivent toujours la famille ou *l'agnation* du père, et non celle de la mère. Cette tante *amitta*, est cependant votre *agnat*, puisqu'elle vous est unie par la ligne masculine, qui est votre père. La *cognation* a lieu quand même il interviendrait un mâle pour aider à la former, comme entre frères *utérins*, parce que, si l'on fait attention à la ligne féminine, on verra que la mère qui a épousé un second mari, est la cause principale que les enfans de son premier mariage se trouvent parens avec ceux du second. Ainsi, en règle générale, pour distinguer *l'agnation* de la *cognation*, on n'a qu'à voir si c'est un mâle ou une femelle qui est la principale cause de la parenté.

§ II. Lorsque la loi des douze tables appelle, *ab intestat*, les agnats à la tutelle légitime, elle n'entend point qu'elle ait lieu seulement lorsque celui qui était dans le cas de nommer un tuteur, est mort tout-à-fait *intestat*, mais encore lorsqu'il est mort *intestat*, à raison de la tutelle ; c'est-à-dire, lorsque, ayant fait un testament, il n'a point élu de tuteur, ou qu'en ayant élu, celui qui avait été nommé n'a pu remplir les vues du testateur, soit parce qu'il serait mort du vivant de ce dernier, ou parce qu'il aurait été exclus des fonctions de la tutelle, pour quelque raison légitime.

§ III. Les parens collatéraux, soit par mâles, soit par femelles, sont tous *cognats*, et ce n'est que par un effet du droit civil qu'il a été introduit une distinction *d'agnat* et de *cognat* ; il a semblé au législateur que, parce que la créature est principalement formée du sang du mâle, il méritait des prérogatives exclusives à la femelle, dont le sang va se perdre dans une famille étrangère ; tandis que celui du mâle semble, par ses productions, prendre sans cesse de nouvelles forces pour la conservation de son espèce : les avantages (1) accordés à ceux qui restent toujours dans la famille, au préjudice de ceux qui en sont ainsi exclus, peuvent se perdre presque (2) toujours par tout

(1) Ces avantages sont le droit de succéder aux agnats, le droit de tutelle légitime exclusivement aux cognats, quoique en même degré de parenté ; ce n'est qu'à défaut des premiers que ces derniers sont admis par le droit prétorien ; ils ne sont même héritiers entre eux qu'au troisième ordre d'héritier. (*Vide la note de ce § aux institutes de* Ferrière, *et liv.* 3, *tit.* 1, § 13.)

(2) Nous disons *presque*, parce que, quoique l'émancipé souffre un petit changement

changement d'état : ainsi que, quelque raison civile peut donner lieu à une nouvelle loi, de même, quelque raison civile peut en demander l'abolition. (*Vide* la note du § 3, du tit. suiv.) Mais il n'en est pas ainsi des droits naturels qui regardent la cognation (1), dont les effets civils ne peuvent être diminues par le petit changement d'état, parce qu'il est indifférent que les cognats passent dans une autre famille que celle où ils sont, dès qu'ils n'étaient point dans celle des agnats, avec lesquels ils conservent toujours les liens de parenté, dont rien ne peut changer la nature, *suprà de jur. nat. § sed. naturalia.* Aucune raison ne peut faire que nous ne soyons descendans les uns des autres, ou par mâles ou par femelles.

---

d'état, *ff. de cap. dim. leg. liberos in principio* ; néanmoins il conserve les droits de sa famille, ainsi que ceux qui y ont demeuré, tout comme le père conserve le droit de succéder, *inf. leg.* 3, *tit.* 2, § 8. (*Vide la note du* § 3 *du tit. suiv.*)

(1) La cognation se confond avec l'agnation, comme nous l'avons dit au commencement de ce §, toutefois qu'il n'est question que des liens du sang ou de parenté ; elles ne se divisent que pour les effets civils, par la raison que nous avons donnée *in principio* : la cognation peut être *civile* ou *naturelle*, et *civile* et *naturelle* tout-à-la-fois. La civile est celle qui se forme par l'adoption, *ff. de adopt. leg. qui in adoptionem.* La naturelle est celle qui regarde les enfans purement naturels. Enfin, celle qui est ensemble civile et naturelle, regarde les enfans légitimes ; c'est de cette dernière dont il est question ici, *ut ff. de grad. aff. leg. non facile*, § 1er.

TITRE XVI.

DE CAPITIS DIMINUTIONE.

Les personnes éprouvent du changement dans leur condition, toutes les fois que, par le fait humain (1), elles perdent quelque chose de leur premier état qu'on fait consister dans la liberté, le droit de citoyen et le droit de famille; d'où dérive la division de grand, moyen, et petit changement d'état.

§. Ier. Par le grand changement d'état, l'on souffre aussi les deux autres, c'est-à-dire, qu'en perdant la liberté, on perd en même-tems, et le droit de citoyen et le droit de famille; ce qui arrive lorsque, pour quelque grand délit, l'on éprouve des condamnations infamantes et qui emportent mort civile, comme ceux qui sont condamnés aux mines, à être exposés aux bêtes féroces; les affranchis qu'on condamne à rentrer en esclavage à cause de leur ingratitude (2) marquée envers leurs

(1) Nous disons *par le fait de l'homme*, ou même par son propre fait, comme par l'émancipation, la déportation, ou l'adrogation; parce qu'il y a des changemens d'état où les hommes n'ont point de part, et qu'on ne doit attribuer qu'à la divine Providence; comme, par exemple, la mort du père, soit qu'il ait été homicidé ou qu'il soit mort naturellement, ce qu'on doit toujours attribuer à la volonté divine; il s'opère un changement d'état, *improprement dit* par émancipation, parce qu'en devenant *sui juris*, on ne perd point pour cela de son premier état.

(2) Cette révocation a lieu, par exemple, s'il refusait des alimens au patron, *de lib. agnosc. ff. lege alimenta § imperatoris. Nam tunc etiam occidere velle videtur eum*, dit la loi *au ff. de lib. agno. leg. negare*. Cette loi *negare* a encore lieu à l'égard du fils émancipé du vassal du père, lorsque le fils est dans l'infortune; elle a lieu encore à l'égard du maître qui refuse les alimens du donataire universel ou du donataire particulier de la majeure partie des biens; il n'en serait pas ainsi, s'il n'était donataire que d'une petite partie. *Vid. Balde* et *Christophe*.

Si le patron était pris, *leg. ingratus ff. de jure patronatus, nam cùm non facit quod debet, videtur facere quod non debet*, *ff. de re milit. leg. non omnes § qui captus*; s'ils le battaient, ils étaient envoyés aux mines; et s'ils lui insultaient, en exil, *ff. de jure patron. leg.* 1^a^. Il est encore d'autres raisons qui sont mentionnées dans la *novelle* 78, *chap.* 2, *et au cod. de revocand. dona. leg. ult.*

patrons, *leg.* 2, *cod. de libert. et eorum lib.*, et les esclaves volontaires qui se font vendre pour participer au prix, *suprà, tit.* 3, §. 4.

§. II. Le moyen changement d'état fait perdre les droits de citoyen et le droit de famille, sans faire perdre la liberté; tels sont ceux à qui on a interdit l'eau et le feu, et les condamnés à être déportés dans quelque île; peine qui fut substituée à la première : l'on condamna à la déportation ceux qui avaient mérité l'interdiction de l'eau et du feu, *leg.* 3, *ff. ad leg. Jul. peculatus, et ff. de pœnis, leg.* 2, *verbo constat.* On ne pouvait priver aucun citoyen, malgré lui, du droit de cité, à moins qu'il ne le méritât; il pouvait le perdre cependant, s'il souffrait qu'on l'inscrivît sur le rôle des citoyens d'une autre cité, parce que, suivant le droit Romain, on ne pouvait être citoyen de deux cités; de-là vient qu'on interdisait l'eau et le feu à ceux qu'on voulait priver du droit de citoyen, afin qu'ils fussent obligés de se chercher une autre patrie; et que par une pareille fuite forcée, ils fussent ainsi censés avoir perdu de plein droit le titre et la qualité de citoyen Romain.

§. III. On ne perd ni le droit de citoyen Romain, ni la liberté, lorsqu'on éprouve le petit changement d'état; on se trouve seulement privé des droits de famille; c'est-à-dire, du droit qui donne aux agnats le droit de succéder et d'être admis à la tutelle légitime, à l'exclusion des cognats (1), dont nous venons de parler au § dernier du titre précédent. Il a lieu lorsque quelqu'un d'indépendant va se mettre sous la puissance d'un autre, en se donnant en adrogation, *suprà, tit.* 11, § 1er.; ou lorsque, n'étant point indépendant, il se trouve transporté dans

(1) Les cognats ne perdent point de leurs droits par le petit changement d'état, parce qu'il est indifférent, comme nous l'avons déjà dit, qu'ils passent dans une autre famille; ils se trouvent toujours les mêmes par rapport aux agnats, parce qu'ils n'étaient point dans leur famille. Les agnats, au contraire, perdent de leur condition par le petit changement d'état, parce que la loi les avait favorisés en considération de ce qu'ils se trouvaient dans la famille des descendans par mâles. Cette raison cesse dès qu'ils passent en une autre. Ils doivent donc être privés des avantages accordés par la loi, *cessante causâ, cessat effectus*; devenus semblables aux cognats, il faut nécessairement qu'ils concourent avec eux, soit pour la tutelle légitime, soit dans la manière de succéder, *de hæred. quæ ab intestat*, § *admonendi.*

une autre famille, comme en celle de l'aïeul paternel ou maternel, *dicto titulo* 11, § 2; ou lorsqu'un père met son fils hors de sa puissance, par l'émancipation (1).

§ IV. Le droit civil ne peut diminuer la condition des esclaves, parce qu'ils ne sont rien parmi les citoyens; ils ne souffrent donc point de changement d'état par l'affranchissement; la raison en est que l'on ne peut perdre ce que l'on n'a jamais eu.

§ V. Ceux à qui on a interdit l'exercice de leur charge, comme un sénateur qu'on a exclu du sénat, n'éprouvent point de changement d'état, parce que la dignité à laquelle on a été élevé n'est point inséparable de l'état de citoyen, et qu'on ne fait que rentrer dans sa première condition, à moins cependant d'avoir été renvoyé avec note d'infamie, auquel cas on perdait toute capacité de servir à l'administration de la justice, non-seulement de juger, mais même de servir de témoin.

§ VI. La cognation, quant aux effets civils, ainsi que nous l'avons déjà dit, ne s'éteint point par le petit changement d'état; elle conserve, comme auparavant, tous ses droits, qui ne peuvent périr que par le grand ou le moyen changement d'état; ce qui arrive lorsqu'un cognat se met en servitude, ou lorsqu'il a été déporté dans une île. Dans le premier cas, il ne peut jamais recouvrer ses premiers droits, quand bien même il viendrait à être affranchi. Dans le second cas, il peut les recouvrer, s'il obtient, de l'indulgence du prince, l'absolution de sa condamnation, *ut sup. tit.* 12, § 1er. *in fine*, *et leg. fin. cod. de sententiam passis*, parce que, dans l'un, il avait perdu la liberté par son propre fait, au lieu que, dans l'autre, il n'avait perdu que le droit de

---

(1) Quoique l'émancipé éprouve un petit changement d'état, il ne perd point les droits de famille; il est admis à la tutelle légitime, concurremment avec les agnats qui y ont demeuré, *inf. de success. cog.* § 10, *de grad. cog.* § *ult. leg. frater*, *cod. de leg. tut. leg. ne tuerum*, *cod. de cura furio.* Il y a même une constitution de Justinien qui y a appellé les fils des émancipés, *leg. ult. cod. de leg. hær.*; et une autre constitution d'*Anastase*, qui confirme les droits de famille à celui qui a été mis hors de la puissance paternelle par l'émancipation *anastasienne*, dont il est parlé *au* § 6 *du tit.* 12; *aux notes*, vid. *la note* n°. 3 *du* § 3 *du tit.* 1er, *leg. si ab eo*, *cod. de leg. hæred* ; le père peut même succéder au fils émancipé, *cod. de legitim. agnat. success.* § *ult.*

citoyen, et encore malgré lui : quant aux liens du sang, ils ne peuvent se dissoudre, par quelque convention ou par quelque crime que ce puisse être, *leg.* 8, *ff. de reg. juris*, puisqu'il ne peut se faire que mon cousin ne soit pas mon cousin.

§. VII. Lorsque nous avons dit au titre précédent, que les agnats étaient appelés à la tutelle légitime, il ne faut pas croire que les prétentions soient les mêmes pour tous les degrés indifféremment : car, par exemple, si les uns sont au premier degré, et les autres au second, la tutelle n'est déférée qu'à ceux du premier degré, et ainsi consécutivement. Il faut encore observer que si plusieurs se trouvent au même degré, comme plusieurs frères, la loi des douze tables les appelle à la tutelle légitime. Ils sont tous obligés d'être tuteurs (1).

(1) Ceux qui sont appellés à la tutelle légitime, ont aussi le droit de succéder ; ce droit appartient aujourd'hui, tant aux cognats qu'aux agnats, par la disposition de la *nov.* 118, *chap.* 5.

TITRE XVII.

TITRE XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

En interprétant la loi des douze tables, les jurisconsultes ont cru devoir déférer aux patrons la tutelle des enfans de leurs affranchis *morts intestat*, quoiqu'elle n'en fasse point mention; ils lui ont même donné le nom de tutelle légitime, à l'exemple de celle dont nous venons de parler *au tit.* 15 : car, comme cette loi appelle les patrons et leurs enfans à la succession de leurs affranchis et des enfans de leurs affranchies, on peut présumer qu'elle les appelle aussi tacitement à leur tutelle : présomption qui se manifeste par une disposition de la même loi, en faveur des agnats qu'elle appelle expressément à la tutelle légitime, en les appelant à leur succession, *ubi est eadem æquitas, idem jus debet statui, ff. ad leg. acquil. leg. illud, et ff. de fur. lege* 1ª. § 10, parce que ordinairement là où est l'avantage, doit être aussi la peine : nous disons ordinairement, parce qu'il est des cas où l'avantage se trouve sans encourir aucune charge; comme lorsqu'une femme impubère ou un mineur de vingt-cinq ans donnent la liberté à leurs esclaves, ils leur succèdent *ab intestat*; tandis qu'un autre est chargé de la tutelle des enfans de ces affranchis, *ut infrà de fid. tut. in fin. et cod. de leg. tut. leg. ult.*, § *fin.* La loi fait ici une exception, parce que le mineur, à cet âge, et les femmes, à cause de la faiblesse de leur sexe, ne peuvent exercer une fonction publique. (*Voyez la note du tit.* 24, *in ppio.*)

TITRE XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Comme la loi des douze tables appelle expressément les pères à la succession des enfans qu'ils ont émancipés, de la même manière qu'elle appelle les patrons à la succession de leurs affranchis, les jurisconsultes, par la même interprétation faite à l'égard des patrons, leur ont adjugé la tutelle de leurs enfans, à laquelle ils ont donné le nom de tutelle légitime. Ainsi, un père qui a un fils, une fille, petit-fils ou petite-fille sous sa puissance et qui les émancipe, avant qu'ils aient atteint l'âge de puberté, devient leur tuteur légitime, pourvu toutefois qu'il soit majeur de vingt-cinq ans, *ut tit. sequent. in fine*. Dans les premiers tems, comme la tutelle était une charge *virile*, les femmes n'y pouvaient être admises : il fut cependant permis, par une constitution, *au Code quando mulier tutelæ officio, leg.* 2, à une mère majeure d'être la tutrice de ses enfans, lorsqu'il n'y avait ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime; sous cette condition, qu'elle obtiendrait du prince la permission de gérer, *decretum* : *novella hi qui oblig.*, §e. *final.*; et qu'elle jurerait, avant de s'immiscer dans la gestion, qu'elle ne passerait point à de secondes noces : si cependant elle se remariait, les biens du second mari répondaient de la gestion de la tutelle : mais si dès le commencement, la mère avait manifesté le désir de se remarier, on faisait donner alors un tuteur aux enfans, *dictâ lege* 2a. Par la novelle *de hæred. ab intest.* § *ex his*, lorsqu'il n'y avait point de tuteur testamentaire, la mère et l'aïeule étaient préférées aux tuteurs légitimes et aux datifs, à la charge par elles de renoncer aux secondes noces, *et au Velléïen*. Cette renonciation devait être faite devant le juge et couchée sur un registre, afin d'y avoir recours au cas de besoin.

TITRE XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Il est une autre espèce de tutelle qu'on appelle fiduciaire : nous venons de dire au titre précédent que le père, qui émancipe ses enfans impubères, devient leur tuteur légitime : nous disons maintenant que, si ce père meurt avant la fin de la tutelle, ses autres enfans mâles, s'il en a (1), deviennent les tuteurs fiduciaires de leurs frères émancipés, quoiqu'il semble qu'ils devraient être au contraire tuteurs légitimes, à l'exemple des enfans du patron, qui lui succèdent dans la tutelle légitime qu'il avait de ses affranchis, et deviennent comme lui leurs tuteurs légitimes : mais, il y a cette différence entre la tutelle à laquelle succèdent les enfans du patron, et celle qui est transmise aux enfans d'un père, tuteur de ses enfans émancipés, que, dans ce dernier cas, l'enfant qui tombe, par la tutelle fiduciaire, en la puissance de ses frères, après la mort de son père, n'y serait point tombé, s'il n'avait pas été émancipé; il se serait trouvé au contraire indépendant, et n'aurait pu être soumis à la puissance de ses frères que par la force de la loi qui appelle les agnats à la tutelle légitime des enfans impubères, laquelle tutelle ne donne pas le même droit qu'avait le père sur ses enfans, comme dans la tutelle *fiduciaire* (2); au lieu que dans le premier cas, si l'affranchi avait toujours demeuré esclave, le maître l'aurait eu en sa puissance au tems de sa mort, après laquelle ses enfans auraient eu sur lui *jure hœreditario* les mêmes droits que leur père avait de son vivant. Cela posé, il n'est donc pas surprenant que ce même esclave, étant affranchi,

(1) Qu'ils soient émancipés ou non, pourvu qu'ils soient d'un âge parfait, *ut in fin.*

(2) Les frères seuls peuvent être tuteurs fiduciaires; au lieu qu'on appelle à la tutelle légitime, les agnats, en quelque degré qu'ils soient : la tutelle *légitime* et la tutelle *fiduciaire* sont donc presque la même chose; celle-ci est déférée par le secours de la loi, et aux seuls enfans du premier degré; au lieu que celle-là est donnée par la loi aux plus proches agnats, en quelque degré qu'ils soient.

se trouve après la mort du patron sous la tutelle légitime de ses enfans qui l'ont acquise *jure hæreditario*. Il y a encore cette différence, que ceux-ci n'auraient pas cette tutelle, s'ils n'étaient pas héritiers : et que les autres, au contraire, seraient également tuteurs fiduciaires, quand même ils ne seraient pas héritiers de leur père.

Il faut pourtant observer qu'on ne peut être chargé de l'administration de la tutelle, qu'autant qu'on est d'un âge parfait, c'est-à-dire, après avoir acquis sa vingt-cinquième année, *cod. de his qui ven. æta. imp. leg. fin. et ff. de leg.* 3°. *leg. cùm filio*, suivant qu'il a été généralement établi par la constitution de Justinien, au Code *de leg. tut. leg. final*, pour toutes les tutelles et curatelles. Cette espèce de tutelle *fiduciaire* a été ensuite abrogée par la novelle 118, *chap.* 5, qui abolit en même tems la différence des agnats et des cognats, établie par l'ancien droit, et rend légitime la tutelle des frères. Voici le fondement de la tutelle *fiduciaire* : un père qui émancipe son fils à la manière permise par la loi des douze tables, par le moyen des ventes simulées et de la reserve qu'il fait, qu'il sera émancipé par l'acquéreur, à chaque vente, devient son patron ; ce qui lui conserve, par voie de conséquence, le droit de lui succéder ; et par interprétation, la tutelle légitime, à l'exemple des patrons, *suprà*, *tit.* 17 *et* 18, qui sont appelés à la succession ; et par même interpretation, à la tutelle des affranchis. La loi des douze tables appelle aussi les enfans des patrons à la succession et à la tutelle légitime, par la maxime *ubi est emolumentum, ibi onus esse debet :* de-là vient que les enfans seuls du père émancipateur, sont, après sa mort, appelés à la succession de cette espèce d'affranchis. On les appelle tuteurs *fiduciaires*, parce qu'ils ne le sont que par la foi de la condition pratiquée entre le père émancipateur, et l'acquéreur, *per fiduciam contractam*. La loi des *douze tables*, en introduisant cette manière d'émanciper, a voulu subvenir aux droits du père, en introduisant en même tems la condition fiduciaire, sans laquelle il se serait trouvé dépouillé de tout droit. L'enfant n'aurait tenu la liberté que de l'acquéreur ; il serait devenu étranger au père, qui n'aurait eu, en ce cas, aucun droit sur lui. C'est pour cela que, dans les autres manières d'émanciper qui furent ensuite introduites, on émancipait en ces termes : *emancipo te contractâ fiduciâ, vel jus succedendi in bonis tuis mihi*

reservo ; c'est-à-dire, qu'on se réservait les droits de *patronage* : ce qu'on n'avait pas besoin de faire dans la manière d'émanciper, introduite par la loi des *douze tables*, parce qu'on devenait indirectement patron ; d'où l'on voit que le père émancipateur, n'était regardé comme patron de son fils émancipé, que par rapport aux droits de *patronage*, sans porter atteinte à l'état d'ingénuité du fils, par la raison que la vente simulée n'imprimait en aucune manière le caractère de la servitude ; que, d'autre côté, l'émancipation *per fiduciam contractam* n'avait été introduite que pour éviter que l'enfant émancipé ne se trouvât hors de la famille de son père (1).

---

(1) L'émancipation se faisait ainsi : un père qui en émancipant son fils, voulait conserver pour lui et ses enfans, les mêmes droits que la loi des douze Tables donnait aux patrons et à ses enfans sur ses affranchis, les vendait à un de ses amis affidés, *hac fiducia contracta* ; c'est-à-dire, sous cette condition qu'il l'affranchirait ensuite ; mais comme les liens de la puissance paternelle étaient si forts chez les Romains, il fallait trois ventes pour les dissoudre ; parce qu'à chacune des premières, le fils qui avait été acheté et affranchi, retombait en la puissance paternelle. Ce n'était qu'à la dernière vente et au dernier affranchissement qu'il devenait *sui juris :* mais comme il n'avait été affranchi que par l'effet de la condition faite par le père avec l'acheteur, le père était censé être l'émancipateur, et pour ainsi dire le patron de cet enfant affranchi ; de manière qu'on regardait le père comme patron, et le fils comme affranchi, par rapport aux droits de patronage seulement. Ces formalités étaient nécessaires, parce que tout ce qui était *in dominio quiritario*, c'est-à-dire qui intéressait le public, ne pouvait être aliéné qu'avec les formalités requises, et que les enfans étaient compris *in dominio quiritario* ; *Heineccius*, § 185 *et* 136.

TITRE XX.

DE ATTILIANO TUTORE ET EO QUI EX LEGE JULIA TITIA DABATUR.

La tutelle testamentaire et la tutelle légitime venant à manquer, il fallut nécessairement pourvoir à la sûreté des personnes et biens de ceux qui, par la faiblesse de l'âge, étaient incapables d'y veiller par eux-mêmes; en conséquence, *Attilius* établit qu'au défaut du tuteur testamentaire et du tuteur légitime, il serait donné, dans la ville de Rome, un tuteur aux impubères, par le préteur *Urbain* (1) et la majeure partie des tribuns (2); de son côté, *Julius Titius* établit que dans les provinces les gouverneurs seraient chargés, dans les mêmes cas, de la dation de la tutelle: c'est ce qu'on appela *tutelle dative.*

§ Ier. Cette dation de tutelle, introduite par ces deux lois, avait non-seulement lieu par le droit ancien (3), lorsqu'il n'y avait pas de tuteur testamentaire, ni de tuteur légitime, *ut cod. qui dar. tut. poss. leg. si sororis*, mais encore lorsqu'il y avait un tuteur testamentaire, dont le tems de l'administration était en suspens par quelque empêchement, comme lorsqu'il avait été donné, sous condition, ou depuis un certain jour, *suprà, tit.* 14, § 3; ou lorsque ayant été donné sans jour ni condition, personne (4) n'acceptait l'*hérédité*: dans tous ces cas, on nommait

(1) Il y avait deux préteurs à Rome, dont l'un, (et c'est celui dont il s'agit ici,) était préposé pour rendre la justice aux citoyens de la ville; l'autre, qui était moins honoré, vidait les différends entre les citoyens et les étrangers; ils n'avaient de pouvoir que dans la ville, et ne connaissaient que des affaires civiles, *ut ff. toto tit. de off. prœt.*: on en établit ensuite plusieurs autres inférieurs aux premiers.

(2) Ils étaient au nombre de dix.

(3) Aujourd'hui, cette dation de tutelle n'a plus lieu que dans trois cas, *ut ff. de test. tut. leg. si quis sub cond.*; elle n'a pas même lieu en vertu de la loi *attilia titia*, parce qu'elles ont été abrogées, *ut infrà, eod. tit.* § 3.

(4) Car cette tutelle dative n'aurait pas eu lieu, si de plusieurs héritiers, l'un avait accepté, *ff. de test. tut. leg. si nemo*; quand bien même il n'aurait été institué qu'en une chose certaine, il aurait donné force à la tutelle testamentaire, au défaut des héritiers universels, *Barth. leg.* 1a. § *si ex fundo ff. de hœred. institut.*

un tuteur, dont l'administration finissait par l'arrivée du jour fixé, par l'évènement de la condition, ou par l'adition de l'hérédité.

§ II. Suivant les lois *Attilia et Julia Titia*, le tuteur, pris par les ennemis, était remplacé d'office par le magistrat (1); mais s'il recouvrait la liberté, la fonction du tuteur *datif* finissait, et le premier, en vertu du droit de retour, reprenait l'administration de la tutelle.

§ III. Ces lois tombèrent en désuétude; des tuteurs furent nommés par les consuls aux pupilles de l'un et de l'autre sexe, après une exacte information des mœurs et de la fortune des premiers. Les préteurs même, dans la suite, en vertu des constitutions des princes, en nommèrent, par la raison que les lois *Attilia et Julia Titia* n'exigeaient pas, de la part des tuteurs, une caution pour la conservation des biens de leurs pupilles, et que les tuteurs n'étaient pas obligés de se charger de la tutelle.

§ IV. Aujourd'hui, à Rome, le préfet ou le préteur donne des tuteurs aux personnes qui ressortent de leur jurisdiction : dans les provinces, ce soin est donné aux gouverneurs ; mais tous ces magistrats, avant de passer à la nomination, s'enquièrent des mœurs, de la réputation et des facultés des tuteurs. Dans le cas où les biens des pupilles sont de peu d'importance, les magistrats municipaux, autorisés en cela par les gouverneurs des provinces, donnent les tuteurs.

§ V. Pour prévenir toutes les difficultés, *Justinien* a voulu que, si la fortune du pupille ou du mineur ne s'élevait qu'à 500 *écus d'or*, il pût être pourvu de tuteur ou de curateur par *le défenseur de chaque ville*, avec *l'évêque* ou *toute autre personne publique*, comme les magistrats; ou bien par celui chargé d'administrer la justice dans la ville d'Alexandrie, sans qu'il fût besoin de l'autorisation des gouverneurs des provinces, à la charge cependant par les tuteurs de donner bonne et suffisante caution ; le tout aux risques et péril de ceux qui étaient intéressés à la recevoir.

---

(1) Il y a lieu à la tutelle légitime, lorsque le tuteur testamentaire est décédé chez les ennemis.

§ VI. Les personnes qui sont en bas âge, ne pouvant se diriger elles-mêmes, doivent être naturellement en tutelle (1).

§ VII. A l'époque de la puberté, les tuteurs sont tenus de rendre aux pupilles un compte de l'administration de leurs biens (2).

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 8. Quelques principes, contenus dans les sept titres précédens, ont été reçus parmi nous, mais avec de grandes modifications que nous ferons remarquer.

Comme les Romains, nous avons des personnes qui sont en tutelle, d'autres qui sont en curatelle.

La tutelle, à Rome, prenait fin par la puberté; elle était fixée à l'âge de *quatorze ans accomplis* pour les mâles, et à *douze ans accomplis* pour les filles. Parmi nous, l'époque de la puberté a été reculée; elle a été fixée à l'âge de *dix-huit ans accomplis* pour les mâles, et à l'âge de *quatorze ans accomplis* pour les filles. Mais, il ne suffit point d'avoir atteint cet âge pour être affranchi de la tutelle : on y demeure soumis jusques au dernier jour de la vingt-unième année, époque de la majorité (art. 388), ou jusqu'à l'émancipation, (art. 476, 477 et 478.)

Chez les Romains, l'adolescent, sorti de tutelle, était pourvu d'un curateur, qui veillait à la reddition du compte tutélaire, et qui administrait ses affaires jusqu'à l'âge de *vingt-cinq ans*. En France, les curateurs ne sont nommés qu'à des mineurs émancipés, c'est-à-dire affranchis de la tutelle (art. 480), ou à des majeurs incapables de gérer par eux-mêmes, et par conséquent interdits, (art. 496.) On

---

(1) Quant à sa forme et à ses effets, la tutelle est du droit civil, quoiqu'elle tire son origine du droit naturel, *leg.* 1 a. *ff. de minorib. leg. ult. cod. de legitim. tutorib.*

(2) L'action de tutelle ne pouvait être intentée qu'après l'époque de la puberté, par la raison qu'elle était universelle, *leg.* 4, *in principio*, *leg.* 9, § 4, *ff. de tutelis et ration. distrah.*

nomme

nomme aussi des curateurs au ventre de la mère, lorsqu'au décès de son mari, elle se trouve enceinte, (art. 393.)

Le Code, suivant en cela les dispositions des lois romaines, a consacré trois sortes de tutelles ; la légitime, la testamentaire, et la dative.

La légitime appartient de droit au survivant des deux époux (art. 390); elle est déférée par la seule force de la loi, et le tuteur n'a besoin d'aucune nomination, ni confirmation, pour entrer en exercice : il est même dispensé de toute prestation de serment.

A Rome, dans les derniers tems, la mère pouvait être nommée tutrice de ses enfans ; mais on ne peut pas dire qu'elle exerçât une tutelle légitime, puisqu'elle était obligée de l'obtenir du juge, qui ne la délivrait que comme une grace. En France, par des motifs de justice, on a fait partager à la femme la puissance paternelle, et par voie de suite, on a pensé qu'elle devait participer aux honneurs de la tutelle.

La tutelle des ascendans fait partie de la tutelle légitime : elle a été introduite par notre Code ; bien différente de ce qu'elle était chez les Romains, elle n'est déférée aux ascendans paternels ou maternels, qu'en défaut de la tutelle testamentaire ; et par préférence, elle est dévolue aux aïeuls paternels : il est à remarquer que les collatéraux n'y concourent pas, (art. 402.)

La tutelle testamentaire est déférée par l'homme, en vertu de la faculté qu'il tient de la loi. Cette tutelle, à Rome, ne pouvait être donnée par le père ou la mère, que par acte de dernière volonté : parmi nous, il suffit d'un acte portant avec lui le caractère de l'authenticité, (art. 392.) Cette nomination, portée dans un testament déclaré nul, n'en demeurerait pas moins valable, et la tutelle ne laisserait pas d'avoir son effet (1).

Par le droit romain, suivant l'authentique *matri et aviae*, *cod. quando mulier tutelae officio, et in authen. eisdem pœnis, cod de secundis nuptiis*, la mère remariée ne pouvait plus exercer la tutelle. Cette disposition a paru parmi nous trop rigoureuse : on a considéré qu'une mère ne

(1) *Vide* les Pandectes françaises, *hoc tit.*

se remarie souvent que pour donner un protecteur, un second père à ses enfans; c'est pourquoi, dans certains cas, elle peut être maintenue dans la tutelle par le conseil de famille; mais alors il est indispensable que son nouvel époux soit tenu solidairement de toutes les suites d'une mauvaise administration, (art. 396.)

La tutelle dative était déférée, à Rome, par le préteur *Urbain*: en France, elle est déférée par un conseil de famille, présidé par le juge de paix; ce n'est même qu'en défaut de la testamentaire et de la légitime, qu'elle peut avoir lieu. L'assemblée d'un conseil de famille, pour délibérer sur le sort des mineurs, est une institution nouvelle, qui a dû nécessiter un nombre infini de détails: aussi, le législateur y a-t-il consacré la 4e. section toute entière du tit. 10 du 1er. liv. du code civil, dans laquelle se trouve renfermé tout ce que la sagesse et la saine raison ont pu dicter de règles propres à créer un tribunal auguste, qui confiât les intérêts des mineurs entre les mains d'un parent, qui réunît à de grandes vertus, la tendresse et le cœur d'un bon père.

Comme chez les Romains, la tutelle est parmi nous une charge personnelle, elle ne passe point aux héritiers, (art. 419.)

Par le droit romain, si le mineur avait des intérêts contraires à ceux du tuteur, on lui nommait un curateur spécialement chargé d'y veiller: parmi nous, on a cru plus sage d'établir un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille, lors ou immédiatement après la dation de tutelle, (art 420,) lequel doit exercer ses fonctions jusqu'à l'émancipation du pupille, sa majorité, ou sa mort naturelle ou civile; au lieu que le curateur, chez les Romains, n'était nommé que dans les cas où il s'élevait un procès entre le mineur et son tuteur, pour cesser ses fonctions après le jugement définitif.

A Rome, si le pupille avait des biens dans plusieurs provinces, on lui nommait plusieurs tuteurs: parmi nous, on a prévu seulement le cas où le pupille, domicilié en France, aurait des biens dans les colonies; alors l'on a autorisé le conseil de famille à nommer un pro-tuteur, charge de l'administration speciale de ces biens, (art. 417.)

L'état est la principale condition d'un citoyen; par le droit romain, il pouvait subir trois changemens; le *grand*, le *moyen* et le *petit*. Parmi nous, on ne change d'état que lorsqu'on est *mort civilement*; et si nous

suivons les dispositions de notre Code, la condamnation à la mort naturelle emportera seule la mort civile, (art. 23.) Les autres peines afflictives ne l'emporteront qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet, (art. 24.) Le Code criminel, sans doute, en graduant les peines, indiquera les autres cas où la mort civile sera encourue.

L'on distingue avec raison les condamnations en *contradictoires* et en *contumaces*; les premières emportent la mort civile du jour de leur exécution, (art. 26); et les secondes, cinq ans après l'exécution par *effigie*, (art. 27.)

Quelques difficultés se sont élevées sur la question de savoir si, pendant le délai des cinq années, l'on jouissait ou l'on demeurait privé de l'exercice de ses droits civils. Il a paru d'abord que l'art. 28 avait décidé la question pour la négative; mais il en résultait une antinomie dans les termes de la loi : c'est donc dans son esprit qu'il a fallu chercher la solution d'une question où sont attachés de si grands intérêts.

On a considéré que, dans le sens de l'objection, *l'existence du condamné serait conditionnelle, et que tous les actes qu'il aurait consentis seraient provisoires; ce qui nous ramènerait dans l'incertitude de l'ancienne législation française.* Il a donc fallu dire *que, pendant les cinq années, le condamné pouvait recueillir et transmettre, qu'il pouvait être époux et père :* c'est ce qu'enseigne d'ailleurs l'orateur du gouvernement dans son discours sur cette matière (1) : « La mort civile, » dit-il, est une privation morale, qui n'est définitivement encourue » qu'après les délais déterminés par la loi; ce n'est qu'à leur expiration » qu'elle donne ouverture à la succession du condamné : car, les lois » aiment à le réputer capable des effets civils, tant qu'il peut encore » se justifier. » L'orateur Gary retrace aussi avec éloquence les inconvéniens de l'autre système, *et démontre la vérité et la force du principe qui ne permet pas de placer dans un état de choses provisoires, des effets définitifs par leur nature* : « Quel serait donc, dit-il, (2) le sort » des enfans nés dans les cinq ans? légitimes, si le père se représente » ou meurt dans cet intervalle; illégitimes, si les cinq ans s'écoulent,

(1) Tome 2, *page* 154.

(2) Tome 1er. *page* 427.

» sans que la destinée du père soit connue. Quel serait le sort de l'épouse » qui aurait, dans les cinq ans, contracté un nouvel engagement ? » épouse légitime, si son premier époux ne paraît pas ; infidèle et » coupable, s'il meurt ou se représente. Quel serait le sort des suc- » cessions qui, pendant les cinq ans, s'ouvriraient au profit du condamné? » héritier, s'il paraît ou s'il meurt ; non héritier, s'il laisse passer les » cinq ans sans se représenter : disons donc que, si la lettre de la loi offre » quelque ambiguité, elle doit être interprétée de la manière la plus favorable : » *in ambiguâ voce legis, ea potius accipienda est significatio quae vitio caret, leg.* 19, *ff. de legibus.* (*Vide* le procès-verbal des conférences, 25 frimaire an 11, page 240.)

Enfin, l'administration de la tutelle nécessite un compte détaillé en recette et en dépense de la part du tuteur : c'est pourquoi, par le droit romain, ce dernier était tenu de rendre compte, à l'époque de la puberté de son pupille. Ce principe, dont la sagesse est généralement reconnue, est consacré parmi nous *dans la section 9 du tit.* 10 *du* 1er. *liv.* du code civil. Le compte définitif de la tutelle sera rendu en présence du subrogé tuteur, lorsque le mineur aura atteint sa majorité, ou obtenu son émancipation, (art. 471.) La tutelle *des patrons* et la tutelle *fiduciaire* sont inconnues parmi nous, par la raison, 1°. que nous n'avons point d'esclaves, par conséquent point d'affranchis ; 2°. que le père, tuteur légitime de ses enfans émancipés, ne transmet pas à sa mort sa puissance à ses autres enfans.

TITRE XXI.

DE AUTORITATE TUTORUM.

Dans certains cas, le pupille a besoin de l'autorité de son tuteur; dans certains autres, il peut s'en passer: il peut, par exemple, stipuler pour recevoir, mais il ne peut valablement s'engager ni promettre, par la raison que le mineur, sans l'autorisation (1) de son tuteur, peut faire sa condition meilleure (2), mais non la rendre plus mauvaise: ce qui fait que, dans les affaires d'où il naît des obligations réciproques, comme la *vente*, le *louage*, le *mandat* et le *dépôt* (3), si le tuteur n'a point donné son autorisation, le pupille n'est point obligé, et ceux qui ont contracté avec lui demeurent cependant tenus de leur obligation (4).

§ Ier. Les pupilles ne peuvent valablement, sans l'autorisation de leur tuteur, accepter une hérédité (5), qui leur serait advenue par testament

(1) L'autorisation du tuteur est l'approbation pure et expresse qu'il donne de bonne foi, présent en personne, à l'acte que son pupille passe avec un autre individu.

(2) Il est même de certains cas où le mineur ne peut faire sa condition meilleure, sans l'autorisation de son tuteur, comme pour accepter une hérédité qui paraîtrait avantageuse, et qui le serait même en effet, *ut* § *seq. in fine.*

(3) Le pupille coupable de dol, *ut ff. de reg. jur. leg. pupillum*, est tenu du dépôt, s'il provient du dol, ou qu'il soit devenu plus riche du produit de son dol, *ut ff. depo. leg.* 1a. § *an in pupillum.*

(4) Mais si le pupille intente quelque action en vertu d'une vente qui lui aurait été consentie, il peut être repoussé par l'exception *doli mali*, à moins qu'il n'offre d'en payer le prix, *ff. de rescind. vend. leg. si id quod.* § *ult. in fine*, par la raison que ce contrat se trouve défectueux, *quia claudicat ex uno latere*, en ce qu'il n'y a qu'un contractant d'obligé, *leg.* 13, § 29, *ff. de act. empt. et vend.* Ils sont au contraire obligés tous les deux, lorsque le mineur par son acquisition est devenu plus riche, car alors il a fait sa condition meilleure, *eod pro empt. leg. fin.*

(5) *Hæreditas est successio in universum jus quod habuit defunctus tempore mortis suæ; deducto ære alieno, ff. de verb. sig. leg. nihil.*

ou *ab intestat* (1), ni la possession des biens (2), accordée par le droit prétorien, soit par testament, soit *ab intestat*, *vel undè liberi, etc. ut infrà de bonorum poss.* §^a. *quod autem* (3), ni une hérédité, en vertu d'un fidéicommis (4), *ut infrà ad senat-c. treb. vel de fideicom. hæred*, § *sed quia*, quand bien même il paraîtrait en résulter un avantage pour le pupille (5), et qu'il pût accepter sans rien craindre, parce qu'il

---

(1) C'est-à-dire par le droit civil, ou la loi des douze Tables, *ut ff. de pet. hæred. leg.* 1_a. 2^a. *et* 3^a.

(2) *Bonorum possessio est jus persequendi retinendique patrimonii quod cujuscumque fuerit, cùm is moritur, ff. de bon. poss. leg.* 3, § *bonorum.*

(3) Si le tuteur du pupille est négligent, ou que ce dernier n'en ait pas été pourvu, il pourra alors s'adresser au préteur qui, en connaissance de cause, y suppléera en lui accordant selon sa conscience la possession des biens, *cod. qui admittuntur ad bon. poss. leg.* 7; il en est de même quant à l'acceptation d'une hérédité, *cod. de jur. deliberandi, leg. si infanti in fine.* Le tuteur a même besoin du consentement de son pupille pour accepter une hérédité, si ce dernier a passé l'enfance, *ut cod. de jure delib. leg.* 5; il n'en a pas besoin au contraire s'il est encore dans l'enfance, *quia intelligere nec consentire valet, dicto. tit. de jur. delib. si infanti.*

(4) La restitution d'un fidéicommis peut être faite au seul tuteur, si le pupille est dans l'enfance, *leg. restituta* § *fin. ff. ad. trebell.*; il peut même en ce cas accepter une hérédité, *leg. potuit cod. de jur. delib.*

De cela qu'il faut nécessairement un tuteur au pupille pour accepter une hérédité, s'il lui en avait été donné un, qui, sur quelques excuses, appellât de cette dation de tutelle, le curateur qu'on lui aurait donné pendant l'appel, ne pourrait lui servir pour l'acceptation de l'hérédité; il faudrait lui donner encore un second tuteur pour accepter, parce que l'autorité du curateur n'est pas suffisante, *de appellat. leg.* 17, § *tutor, ff.*

(5) Parce qu'à son âge il ne peut connaître l'effet de *l'adition d'hérédité*, et qu'il n'en peut prévenir les dangers; quand bien même l'hérédité présenterait pour lui de très-grands avantages, il ne pourrait accepter sans tuteur, parce qu'il pourrait se trouver exposé à une foule de procès et de dépenses extraordinaires; *ut ff. de minor. leg. minoribus vinginti-quinque annis;* et encore par cette autre raison, qu'il ne peut ester en jugement, soit pour le civil, soit pour le criminel, sans être autorisé par son tuteur, *cod. si ad. rem jud. leg. cum et minores et cod. auth. prælegatorum* : il est des cas cependant où le pupille peut ester en jugement sans l'autorisation de son tuteur, comme pour intenter une action momentanée; c'est-à-dire possessoire, sans toucher au pétitoire, *ut cod. qui legitimam personam standi in judicio habeant, vel non, leg.* 3, *momentaneæ, et cod. si per vim vel alio modo absentis*

arrive souvent qu'il y a des dettes ou charges qui n'étaient point connues dans le principe et qui la rendent onéreuse, *et ad ea quæ frequentius accidunt jura adaptantur*, *ff. de leg. et sen. c. leg. nam ad ea.*

§ II. Le tuteur doit être lui-même présent et assister en personne le pupille dans ses affaires, et l'approuver dans tout ce qu'il croira lui être avantageux ; dans le moment même auquel il s'engage, il peut pourtant interposer son autorité, après la perfection de l'acte, *ut ff. de acq. vel omitt. hæred.*, *leg.* 25, § 3. Mais, il faut que ce soit incontinent, *quia videntur inesse quæ incontinento fiunt*, *ut ff si cert pet. leg. electa* § *dicebam :* quelques intervalles après, l'approbation ne servirait de rien (1) ; de même que s'il la donnait par lettre ou par procureur fondé, *ut ff. eadem*, *leg.* 1^a. § *fin. et leg. seq.*

§ III. Mais si le pupille (2) vient à être en procès avec son tuteur, comme ce dernier ne peut diriger ensemble son affaire et celle du pupille (3), parce qu'il se trouverait en même-tems demandeur et

---

perturbata sit possessio, *leg.* 1a. Pour faire rendre quelqu'un de ses parens libre, qu'on détient comme esclave, on appelle cette action *interdictum de homine libero exhibendo*, *leg.* 3, § 7, *et si mulier vel pupillus.*

(1) Cujas, 31 *observation.*, répond à cette loi 25, *de acq. vel omitt.*, qui déclare valable l'autorité du tuteur interposée, *perfecto negotio*, que le consentement du tuteur peut être donné *penè perfecto negotio*, c'est-à-dire pourvu que ce ne soit pas après que le contrat a reçu toute sa perfection, *ex intervallo leg. obligari*, § *penult. ff. hoc tit.* ; le texte d'ailleurs paraît assez expressif, *statim in ipso negotio presens debet autor fieri.*

Gauthofredi ad legem 29, *ff. de reg. jur.*, prétend que dans la loi 25 *de acq. hæred.*, il faut lire *provecto negotio*, au lieu de *perfecto negotio :* mais pourquoi faire des changemens dans la loi? elle ne dit pas que le tuteur pourra interposer son autorité long-tems après la perfection de l'obligation, mais dans le moment de la perfection, *perfecto negotio*, c'est-à-dire aussitôt que l'acte commence à prendre assez de force pour prendre substance et parvenir à sa perfection, *v. g. pupillus interrogatus in stipulatione*, *congruè respondebat eoque perfecto actu*, *tutor presens statim interponebat autoritatem.*

(2) *Pupilli sunt impuberes qui de potestate patris exierunt vel morte vel emancipatione*, *ff. de verb. sig. leg. pupillus :* on donne *improprement* à un impubère, le nom de *pupille*, lorsqu'il est en la puissance du père ; mais cela ne signifie autre chose, si ce n'est qu'il est mineur de *quatorze* ans, comme ceux qu'on appelle *pupilles* : c'est dans ce sens qu'on doit prendre le terme *pupillus*, *en la loi dern. ff.* § *pupillus*, *de verb. oblig.*

(3) Cependant, sans avoir recours aux juges, le tuteur peut se payer de ce qui lui est

défendeur, le préteur donnait autrefois un autre tuteur, *ut in fragmentis ad Ulpianum, tit.* 11, § 24; mais aujourd'hui, on donne au pupille un curateur (1) pour la poursuite des procès qu'il peut avoir avec son tuteur, et l'administration de ce curateur cesse d'avoir lieu aussitôt que le procès a pris fin.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 9. Parmi nous, les pupilles sont déclarés incapables de traiter, même avec l'autorisation de leurs tuteurs; ces derniers passent tous

---

dû, quand bien même ce serait un immeuble, et faire pour lui et pour le pupille, comme dans l'espèce de la loi 78, § 1, *ff. de contrahent. empt.*, dans laquelle il s'agit de celui, qui étant tuteur du fils de son vendeur mort avant de l'avoir mis en possession, décide qu'il peut lui-même s'y mettre; de cette manière, si le pupille et sa famille abandonnent un fonds en le laissant sans culture, et que le tuteur entre en possession sans être troublé, il ne pourra dans aucun cas être recherché à raison de ce fonds. Il en serait autrement si le pupille ou sa famille avaient cessé de faire des actes de maître, et que le tuteur n'eût pas pris possession. Autrefois, quoiqu'on fût créancier ou débiteur du pupille, on pouvait être son tuteur ou son curateur; mais comme il pouvait en provenir bien des inconvéniens nuisibles au pupille, soit des cessions à vil prix des dettes pour lesquelles il n'y avait plus d'action, soit parce que les tuteurs pouvaient s'approprier le titre qui établissait la créance, etc... L'authentique 72, *chap.* 1er. y a pourvu, en ne voulant point qu'on reçût pour tuteur aucuns de ceux qui auraient quelque hypothèque sur les biens du défunt, quelques dettes sur le mineur ou sur ses biens, ou qui se trouveraient obligés envers le mineur : de-là vient qu'aujourd'hui il arrive rarement que le tuteur soit créancier ou débiteur du pupille, à moins qu'il ne le devienne après la dation de la tutelle pour des obligations qui descendent *ex re*, ou que la dette ou créance eût été entièrement ignorée de part et d'autre : mais ne se trouvent point compris dans cette novelle, les tuteurs et curateurs testamentaires, *quià fides eorum approbata videtur à testatore ut inf. de satisd. tut.* § 1er., ni ceux donnés après une information faite, *cùm fides eorum fit quoque approbata, ut infrà de satisd. tut. vel curat.* § 2. Cette novelle n'a lieu que pour les tuteurs légitimes et les datifs, sans information; il faut encore en excepter la mère et l'aïeule, qui, quoique débitrices ou créancières de leurs enfans, peuvent exercer la tutelle, *ut novell.* 84, *ut sine prohi. mat. cred. et def. in principio coll.* 7, sans avoir même besoin de jurer qu'elles ne passeront point à de secondes noces.

(1) Ce curateur est nommé malgré le tuteur, *ut. ff. de tut. leg.* 4, § *idem cassius.*

les actes

les actes nécessaires à la conservation des biens, et stipulent comme administrateurs de la tutelle au profit des tiers. Nous aurons donc peu de chose à dire sur ce titre ; nous ferons seulement remarquer combien notre Code a restreint le pouvoir donné aux tuteurs par le droit romain : chez ce peuple, les tuteurs jouissaient d'une espèce de puissance paternelle ; de leur propre autorité, ils pouvaient passer tous les actes relatifs à la tutelle ; ils pouvaient engager des actions, nommer des arbitres, provoquer des partages, transiger, accepter ou faire accepter par leurs pupilles une hérédité, etc. Parmi nous, le tuteur, autre que le père et la mère, ne peut, sans l'autorisation du conseil de famille, intenter une action relative aux droits immobiliers, ni acquiescer à une demande relative à ces mêmes droits, (art. 464) ; il ne peut accepter ni répudier une succession, (art. 461), accepter une donation, (art. 463), provoquer un partage, (art. 465), transiger, (art. 467), et demander la réclusion du mineur dans les cas où il aura des sujets de mécontentement graves, (art. 468), sans l'autorisation préalable du conseil de famille.

Par le droit Romain, lorsqu'il s'élevait un procès entre le tuteur et le pupille, on nommait à ce dernier un curateur, à l'effet de le faire définitivement juger. Par notre droit, un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille lors de la dation de tutelle, veille sans cesse aux intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur, (art. 420) ; l'exercice de ces fonctions dure autant que la tutelle, (art. 425.)

TITRE XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Comme on n'a d'action contre un tuteur, pour l'obliger à rendre son compte, qu'après que son administration a pris fin, *ut suprà, tit.* 20, *in fin.*, il faut nécessairement connaître quelles sont les manières par lesquelles elle peut finir.

La plus générale et la plus commune, c'est la puberté fixée pour les mâles *à* 14 *ans*, et pour les femelles *à* 12, sans avoir égard à l'usage introduit par le droit ancien, qui n'établissait point la puberté sur un certain nombre d'années, mais sur l'inspection exactement faite par le juge de la disposition *du corps des mâles*, *ut leg.* 32, *ff. de minor.* Nous disons, *du corps des mâles*, parce que cette inspection ne se pratiquait point à l'égard des femelles, à cause de la pudeur qu'il convenait de mieux respecter chez elles; en conséquence, leur puberté fut même fixée alors à l'âge de *douze ans* : mais Justinien, par sa constitution *au code*, *quando tutores vel curatores esse desinunt, leg. fin.*, abrogea cette manière de découvrir la puberté dans les mâles, et ordonna qu'on réputerait *pubères* tous ceux qui auraient atteint le dernier jour de la *quatorzième année*, et que les femmes seraient réputées *nubiles à douze ans accomplis, ut suprà, tit.* 10, *in principio.*

§ Ier. Parmi les autres moyens qui font cesser la tutelle, on compte l'adrogation, la déportation, la servitude et la captivité.

L'adrogation, lorsqu'un pupille passe, avec le consentement de son tuteur, *leg. ult. cod. de auto. tut*, en la puissance d'un père de famille, *ut suprà de adopt., leg. nec ei*, § 10, *ff. eod.*; le motif de la loi se trouve alors rempli dès que la tutelle n'a été introduite que pour donner un appui à ceux qui n'ont personne pour se défendre, et qui ne peuvent le faire eux-mêmes, à cause de la faiblesse de leur âge, *cessante causâ, cessat effectus.*

La déportation, parce qu'emportant mort civile par elle-même, *tit.* 16, § 2, on est regardé parmi les citoyens comme si on n'existait

pas, et que le pupille déporté est considéré comme réellement mort, *ut suprà, tit.* 12, § 1er. (1).

La servitude, parce que si un impubère a été affranchi, se trouvant sous la tutelle de son patron, *ut suprà, tit* 17, et qu'il se rende coupable envers lui d'ingratitude, l'affranchissement peut être déclaré nul, et le pupille retombe alors en servitude; s'il est d'ailleurs dans un âge où il puisse être capable de dol, *ut ad leg. acquil.*, *leg.* 5, § 2, *in fin.*, comme s'il est proche de la puberté, *ff. de regul. jur.*, *leg. pupillum CXI, et leg* 23, *impuberem*, *ff. de furtis.*

La captivité, parce que la fonction de tuteur n'a lieu qu'autant qu'on n'est point au pouvoir d'autrui.

Les pupilles, pris par les ennemis, deviennent, en vertu du droit des gens, soumis à leur puissance : les droits de leur patrie demeurent en

---

(1) Les impubères éprouvent des condamnations criminelles, quoique d'un âge encore assez tendre, s'ils sont *pubertate proximi*, c'est-à-dire s'ils commencent à comprendre et à discerner les choses, *inf. liv.* 3, *tit.* 20, § 10, et *liv.* 4, *tit.* 1er. § 18, *leg.* 14, *ff. de S. C. Silaniano*; les lois leur refusant, quant à ce, toutes restitutions; à plus forte raison en refuseraient-elles aux mineurs, *leg.* 9 *ff. de minor.* § 2, *verbo et placet*, *et cod. leg.* 1^a^. *si advers. debit.*; le juge peut seulement avoir égard à la faiblesse de leur âge pour modérer la peine à laquelle ils doivent être condamnés, *leg.* 37, *verbo in delictis*, *ff. de minor.*, faiblesse que l'on considère encore dans les personnes d'un âge avancé, *de termino motus*, *ff. leg.* 2^a^., eu égard à la noblesse de la condition, *dicta leg. de termino motus.*

Les mâles sont réputés capables de connaissance et de discernement, *à dix ans et demi*, et les femelles *à neuf ans et demi.* On divise le tems depuis la naissance jusqu'à la puberté en trois époques; 1°. on reste dans l'état d'enfance, depuis la naissance jusqu'à l'âge de *sept ans*; 2°. depuis cet âge jusqu'à *quatorze ans accomplis* pour les mâles, et douze ans accomplis pour les filles, le tems est partagé en deux époques égales; on répute les mâles près de l'enfance, jusqu'à *dix ans et demi*, et les femelles jusqu'à *neuf et demi.* Dans la troisième époque, les mâles sont réputés proches de la puberté, depuis *dix ans et demi* jusqu'à *quatorze*, et pour les filles, depuis *neuf et demi* jusqu'à *douze.* Cette distinction est faite, par la raison que, autre chose est de comprendre ce qu'on dit, autre chose est de comprendre ce qu'on fait. Dans l'enfance, nous ne comprenons point ce que nous disons, et encore moins ce que nous faisons : lorsque nous sommes près de l'enfance, ou que nous venons d'en sortir, nous comprenons ce que nous disons, mais nous ne comprenons point ce que nous faisons; enfin, lorsque nous sommes près de la puberté, nous comprenons ce que nous disons et ce que nous faisons, *infrà liv.* 3, *tit.* 20, § 10, *et leg. cxi*, *ff. de reg. jur. in glosâ.*

suspens jusques à leur retour, dont l'effet est de les faire rentrer dans leur premier état, *suprà*, § 5, *tit.* 12 *inf. de rerum divis.*, § 17, *leg. si adrogati. ff. de tutelis ex quibus causis major.*, *leg.* 15 *et de tut. et rat. distrah. ff. leg. quamvis.*

§ II. Quoique le juge ne puisse donner de tutelle sous conditions, il est pourtant permis au testateur d'en imposer dans son testament, *leg. actus legitim.*, *ff. regul. jur.*, parce que les volontés sont libres, pourvu qu'elles ne blessent ni les lois ni les bonnes mœurs, par exemple jusqu'à ce qu'un tel vaisseau arrive des îles, lorsque Titius sera nommé consul, etc. : par l'évènement de ces conditions, le tuteur se trouve dépouillé ou investi de l'administration de la tutelle, *ut suprà*, *tit.* 14, § 3.

§ III. Dès que la mort civile met fin à la tutelle, *ut suprà*, § 1er., à plus forte raison la mort naturelle opère-t-elle cet effet : ce qui a lieu tant à l'égard du pupille, que du tuteur, *ut auth. de nupt.*, § *deinceps.*

§ IV. Car, le grand et le moyen changement d'état du tuteur, soit qu'il perde la liberté, soit qu'il perde seulement le droit de citoyen, le privent de continuer son administration, ou dative, ou testamentaire, ou légitime, indistinctement, *suprà*, *tit.* 16, § 1 *et* 2, par la raison qu'il faut être citoyen pour exercer une fonction publique. Il n'en est pas de même du petit changement d'état, parce qu'il ne fait perdre ni la liberté ni le droit de citoyen, *dicto titulo*, § 3, et que rien n'empêche d'administrer la tutelle dative et la tutelle testamentaire : quant à la tutelle légitime, elle s'éteint par le petit changement d'état, par la raison qu'elle n'est déférée qu'en vertu du droit de famille, *suprà*, *tit.* 15, § 3 : ce qui arrive lorsqu'un majeur se donne en adrogation (1),

(1) Nous disons *en adrogation*, quoiqu'il y ait au texte des institutes de *Justinien*, en ce même §, *veluti si se in adoptionem dederit*, parce qu'un fils de famille qui a été émancipé ou donné en adoption, ne peut, par ce petit changement d'état, être privé de la tutelle légitime, qu'on suppose ici, par erreur, lui avoir été déférée, puisqu'il est de principe certain, § 7, *tit.* 16, *sup.*, qu'elle regarde précisément les parens les plus proches ; or, le père se trouvant toujours le parent le plus proche, il n'est pas possible qu'elle ait été déférée au fils, qui en est toujours exclus du vivant du père, comme plus éloigné que lui, à moins que le père n'ait été frappé de mort civile ; au lieu que l'adrogé est toujours un père de famille,

suprà, § 3, *tit.* 16. Les pupilles au contraire mettent fin à la tutelle par tout changement d'état de leurs personnes : de-là vient cette différence entre le petit changement d'état des tuteurs et celui des pupilles, c'est que, chez les premiers, il ne détruit la tutelle, qu'autant qu'elle est légitime ; chez les pupilles au contraire, la tutelle est éteinte, soit qu'elle ait été donnée par testament, ou qu'elle soit légitime ou dative (1).

§ V. Ainsi, que la tutelle finisse par l'évènement de la condition, par la même raison, la tutelle donnée par testament jusqu'à un certain tems, finit par l'arrivée du jour fixé par le testateur (2).

§ VI. Enfin, la tutelle est détruite, soit lorsque les tuteurs deviennent suspects (3) par la manière dont ils s'acquittent de leur administration, soit lorsque, ayant été investis de cet emploi, ils proposent de justes causes d'excusation, ainsi qu'on le verra aux deux titres suivans.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 10. La tutelle finissait, à Rome, par la puberté ; il n'en est pas de même parmi nous : le mineur est soumis à cette puissance jusqu'à ce qu'il ait été émancipé par le conseil de famille, (art. 478), ou jusqu'au dernier jour de sa *vingt-unième* année, époque de sa majorité, (art. 488.)

Le mineur émancipé était, chez les Romains, pourvu d'un curateur,

---

qui passe de lui-même en la puissance d'un autre père de famille ; s'il se trouvait tuteur à l'époque de l'adrogation, il est équitable qu'il perde une tutelle qui ne lui avait été déférée que parce qu'il était le parent le plus proche, et qu'il ne peut plus conserver en passant dans une autre famille.

(1) Cette différence n'a plus lieu depuis que les agnats et les cognats ont été confondus par la *novelle* 110, *chap.* 5.

(2) Nous avons déjà dit qu'il ne pouvait être apposé de condition qu'aux tutelles données par testament, § 4, *hoc tit.*

(3) Quelquefois, lorsqu'un tuteur se trouve chargé de trop d'affaires, et que malgré lui il apporte de la négligence dans son administration, on lui nomme un curateur, qui lui sert de *coadjuteur*, mais dont l'administration finit en même-tems et de la même manière que la tutelle, *inf. tit. seq.* § *interdum et cod. quando tutores vel curat. esse desi*, *leg.* 1re.

dont l'emploi consistait à surveiller son administration : parmi nous, le mineur émancipé n'a plus qu'un curateur *aux causes*, (art. 480.)

La tutelle finit en France, comme elle finissait à Rome, par la mort naturelle et civile du mineur, (art. 25) : elle finit encore, seulement à l'égard du tuteur, par sa destitution, (art. 447), sa mort naturelle ou civile, (art. 25), et même par une condamnation afflictive ou infamante, (art. 443) : nous disons, *seulement à l'égard du tuteur*, par la raison que le mineur n'est pas alors affranchi de la tutelle : car, dès l'instant qu'elle est vacante, le conseil de famille est convoqué par le subrogé tuteur, à l'effet de procéder à une nouvelle nomination, (art. 448.)

La tutelle à Rome finissait lorsque le mineur se donnait en adrogation ; en France, cette disposition n'est point la même, puisque, comme nous l'avons dit *suprà*, nul ne peut être adopté s'il n'est majeur, et par conséquent capable de consentir par lui-même, (art. 346.)

TITRE XXIII.

DE CURATORIBUS.

Quoique les adultes ou mineurs soient d'âge à pouvoir veiller sans tuteur à la conservation de leur individu, néanmoins ils n'ont point encore leur raison assez formée, pour traiter et gérer leurs affaires avec quelque solidité (1), sans le secours de ceux qui se trouvent dans un âge où l'on est censé avoir acquis toute la maturité du jugement (2); c'est pourquoi on donne aux mâles et aux femelles, qui ont atteint la puberté, des curateurs pour les assister de leurs conseils, et donner leur consentement dans les choses qui regardent leurs intérêts (3), jusqu'à ce qu'ils aient un âge parfait (4).

---

(1) Ils peuvent bien traiter et agir sans curateur, mais ils ne s'engagent en rien; car ils peuvent se faire relever de leurs obligations, *ut inf. de acti.* § *si quis agens*; c'est ce qu'il faut entendre par la loi 1.re § 3, *ff. de minor.*

(2) L'on est censé posséder une pleine raison à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, tant pour les mâles que pour les femelles, malgré que ces dernières aient atteint la puberté plutôt que les mâles; autrefois même, ainsi que le dit *Cujas*, les femmes demeuraient toujours en tutelle, à cause du peu de solidité de leur jugement; ce qui est abrogé aujourd'hui, par la raison que la majeure partie y pourvoient en se plaçant sous la tutelle d'un mari.

(3) Nous disons *leurs intérêts*, parce qu'ils n'ont aucuns droits sur leurs personnes, *ut cod. de nuptiis*, *leg. incopulandis*, *leg. ex de verb. oblig.*, *et Cujas, sur la même loi ex.*

(4) Les mineurs peuvent cependant contracter des obligations et agir comme majeurs, en interposant l'autorité du prince; ce qui leur fait perdre tout droit à la restitution: s'ils obtiennent la faculté de faire les fonctions de majeurs, *ut. cod. leg.* 10 *de appel.*, ils doivent alors donner connaissance aux juges du lieu, de leurs facultés, dans les formes légales, afin de pouvoir les exercer utilement: mais pour parvenir à cette obtention, il faut que les mâles aient au moins *vingt ans*, et les femelles *dix-huit*, *cod. de his qui veniant ætatis*, *leg.* 1.re *et* 2.e; ce privilége ne pourrait détruire le principe que nous avons posé

§ Ier. Les mêmes magistrats qui sont compétens pour la dation de la tutelle, le sont pour la dation de la curatelle (1) ; c'est en cela que se rapportent les tuteurs et curateurs, quoiqu'ils diffèrent en bien d'autres choses; car on ne peut donner de curateur par testament (2). (Si cependant un testateur nommait de son propre fait un curateur à ses enfans, il serait confirmé par égard pour le choix du père, *ut infrà, tit.* 24, *in principio* ; savoir, par le préteur dans la ville, et par le gouverneur dans les provinces.)

§ II. On ne peut non plus donner un curateur à des pubères malgré eux ; quoique ce soit le contraire à l'égard des pupilles, à moins que ce ne soit un curateur *ad lites* ; ils diffèrent même en ce cas, parce qu'il peut être nommé un curateur pour une seule cause; ce qui ne peut avoir lieu pour un tuteur, *ut suprà, tit.* 14, § 4.

§ III. Non-seulement les mineurs ont besoin d'un curateur, mais encore les majeurs de *vingt-cinq ans* qui sont tombés en folie ou démence, ou qui ont cet esprit de désordre et de prodigalité propre à les réduire à la misère ; la justice alors leur interdit toute sorte d'administration de leurs affaires (3), et prépose quelqu'un pour y suppléer ; si cependant ils sont mineurs ou impubères, on leur donne un tuteur (4). Ces sortes de personnes, étant sans aucun jugement,

---

suprà, parce que les faveurs accordées à des particuliers, ne tirent pas à conséquence; et qu'il est permis à celui en qui réside le plein pouvoir, de déroger à des usages contraires en faveur de qui il lui plaît, *ut suprà tit.* 2, § 6.

(1) *ff. de tutor. et curat. datis ab his leg.* 1a. *suprà tit.* 20, § 5 *et ff. de attiliano tut.* § 5, *et* § *pen. novell.* 5, § *jurisjurand. et* § *nulla et ff. de offic. præfect. urb. leg.* 1a. § *item. solent.*

(2) La loi des *douze Tables* permet bien *expressis verbis*, de donner un tuteur par testament, mais elle ne permet point de donner un curateur.

(3) L'interdiction n'a pas un effet rétroactif; elle ne rend nul que ce qui se fait postérieurement.

(4) A moins cependant qu'ils ne soient en puissance paternelle; car alors le père serait curateur, si le mineur avait des biens *castrenses ou quasi-castrenses*, *ut leg.* 7, *in principio*, *cod. de cur. fur. vel prod.*, parce que le père est de droit le légitime administrateur des biens adventifs de ses enfans, et qu'il le serait aussi en cette circonstance des biens *castrenses et quasi-castrenses*.

peuvent

peuvent être comparées à celles qui sont dans le bas âge, c'est-à-dire, au-dessous de *quatorze ans*; c'est sans doute dans cette supposition que la loi des *douze tables* appelle les agnats à cette espèce de curatelle, ainsi qu'elle les appelle à la tutelle légitime, *suprà, tit.* 15, *in principio.* On ne leur donne point le nom de curateurs légitimes, à l'exemple de la tutelle légitime, mais celui de curateurs honoraires, *leg.* 1ª, *leg. observare*, *leg saepè*, *ff. de cur. fur.*

Mais, s'il n'y a point d'agnats, ou qu'ils ne veuillent point se charger de cet emploi, ou qu'ils ne soient pas propres à le remplir, *v. g.*, à cause de leur trop jeune âge, etc., le juge alors en nomme un : nous entendons par juge, le préfet urbain ou le préteur dans Rome, sans information, et le gouverneur dans les provinces, après une information préalable, *ut cod. de cur fur. leg. fin. § fine.*

§ IV. On donne en la même manière des curateurs aux insensés, aux sourds, aux muets et à ceux qui ont des maladies incurables, parce qu'ils sont incapables d'avoir eux-mêmes soin de leurs affaires.

§ V. Quoique l'on ait pourvu à la sûreté des biens des impubères, en leur donnant des tuteurs, il est des cas où on leur donne aussi des curateurs qui gèrent ensemble avec le tuteur, ou qui gèrent seuls sans le tuteur. Par exemple, lorsque le tuteur légitime n'est pas propre à l'administration, soit à cause de sa pauvreté, *leg. pietatis*, *cod. de susp. tut.*, ou à cause de son peu d'industrie, ou à cause de maladie ou d'un âge trop avancé, *leg. socio*, *ff. de tut.*, ou parce que les biens sont trop étendus, *leg. tut. cod. de excus.*, ou qu'ils sont devenus plus considérables, comme s'il est survenu une hérédité, *leg. ult cod. in quibus casib. tut. hab.* Il en est de même si le tuteur, donné par testament par le préteur dans la ville, ou par les gouverneurs dans les provinces, n'est pas suffisant pour vaquer au grand nombre d'affaires ; on nomme alors un curateur qui lui sert de coadjuteur. Les raisons de pauvreté, de peu d'industrie, de maladie ou de trop grand âge, ne sont point assez fortes pour faire nommer un curateur, lorsque la tutelle a été donnée par testament, parce qu'on suppose toujours que le tuteur, choisi par le testateur, est pourvu des qualités nécessaires pour remplir son emploi. Ces raisons ne peuvent avoir lieu non plus lorsque la nomination a été faite par le préteur ou par le gouverneur, parce qu'il est

à présumer que le tuteur, pauvre ou peu industrieux, n'aurait pas été admis. Si l'on reconnaissait pourtant de la fraude dans sa manière d'administrer, tous ces cas seraient suffisans pour l'exclure de la tutelle, *ut infrà, tit.* 26, § 12, *et cod. de suspectis tut. leg. pietatis*, parce que les soins et la fidélité sont principalement requis dans cet emploi, *ut infrà, tit.* 26, § *ult.* Les curateurs qui gèrent seuls, sans tuteurs, sont ceux qui sont nommés, lorsque le tuteur n'est pas exclus ou excusé pour toujours de la tutelle; c'est-à-dire, lorsqu'il est exclus seulement pour un tems, ou lorsque son excuse ne l'a que momentanément dispensé de la tutelle, *ut infrà, tit.* 25, § 10.

On donne, en connaissance de cause, un curateur à celui qui a déjà un tuteur, *leg. cur. cod. qui dar. tut. vel non.* On donne encore un curateur à celui qui déjà en était pourvu, *ff. de tut. et cur. datis ab his, leg. vestri*, § *fin.* Mais, en règle générale, on ne peut donner un tuteur à celui qui en a déjà un, parce que le tuteur ayant un plein pouvoir sur les biens et sur la personne du pupille, *infrà, tit.* 25, § 18, *et suprà de tut.*, § 10, pouvant agir en son nom, comme maître, *leg.* 7, *ff. de usucap. pro emptor.*, § *si tutor*, et faire de son autorité tout ce que ferait un bon père de famille, on ne pourrait lui associer quelqu'un qui eût un pouvoir égal au sien, sans porter atteinte à sa puissance, qui doit être entière et exclusive à toute autre, comme l'est celle du père envers son fils, du maître envers son esclave, sous les modifications rapportées au § 1er., *tit.* 13. On peut cependant, en connaissance de cause, lui subordonner quelqu'un pour lui servir de *coadjuteur*, et pour les raisons énoncées au commencement de ce §e : c'est ce qu'on appelle curateur, qu'on pourrait presque assimiler à la charge de procureur *ad lites*, qui n'a d'autorité que sur les biens ou choses pour lesquelles il a été préposé; il jouit en outre de la faculté d'accepter ou de refuser ses fonctions; au lieu que le tuteur est tenu d'accepter, parce qu'il a, par sa qualité, autorité et inspection sur tout le patrimoine; c'est lui qui demande et fait nommer le coadjuteur; lui seul est chargé de veiller à ce que ce dernier soit solvable; car, seul, il est garant d'une mauvaise administration, *arg. leg. ult. cod. in quibus casibus tut. vel cur.*, *etc.*

Nous avons dit ci-dessus qu'en règle générale, on ne donnait point

de tuteur à celui qui en avait déjà un ; mais cette règle souffre plusieurs exceptions : nous poserons en principe, avant de les décrire, qu'un pupille ne peut avoir deux tuteurs, qu'autant qu'ils lui ont été donnés en même-tems (1), et qu'on ne peut, après lui en avoir donné un premier, lui en donner un second, qu'autant que le premier ait été empêché de continuer son administration.

Lorsque deux tuteurs ont été donnés en même-tems, par une même élection, l'autorité de l'un ne souffre rien de l'autorité de l'autre, parce qu'elle n'a jamais changé de nature : l'état du pupille est le même, et comme s'il n'avait jamais eu qu'un tuteur, *leg. tres tutores, ff ad admi. tut.* Les deux tuteurs ayant un égal pouvoir, leur volonté, unie par un même acte, devient solidaire, ainsi que leur solvabilité, *infrà de duobus reis stip.* § 1er.

Le premier tuteur donné à un pupille, peut s'excuser et être empêché de continuer son administration, et donner lieu à la nomination d'un autre.

1°. Si la mère, tutrice de ses enfans, veut passer à de secondes noces, *novell.* 22, *chap.* 40, § *si verò etiam.*

2°. Si le tuteur en place a trouvé de justes causes d'excusation, ou qu'il soit mort, ou qu'il ait été relégué, ou exclus de ses fonctions pour cause de soupçon, *leg.* 4, *cod. in quibus casibus, tut. vel. cur., et leg.* 3, *cod. qui petant tut. vel. cur.*

3°. S'il est en ambassade chez les ennemis, *ff. de tut. leg. si quis tutor.*

4°. S'il est absent pour les affaires de l'état, *ff. de tut. leg. si quaesitum, et ff. de susp. tut. leg.* 3, § *si quis abfuturus.*

---

(1) Quoique la *loi* 2, *et si à patre cod. de testam. tut.* paraisse contraire à ce principe, il est facile néanmoins de les concilier, parce qu'il en est du tuteur donné par codicille, comme de celui donné par testament : ces deux actes, quoique faits en différens tems, ne font cependant qu'un seul ; ils se réunissent pour déclarer la volonté du testateur, qui n'est confirmée que par sa mort ; alors, seulement, chacun des tuteurs entre en fonction. Si l'héritier accepte l'hérédité, le tuteur nommé par testament ne sera pas censé détruit par le tuteur nommé par le codicille, s'il n'y a eu résolution expresse, parce que la volonté du testateur est censée continue, s'il ne déclare le contraire.

5°. Si un curateur ayant été donné, pendant que le tuteur nommé a appelé du jugement qui avait rejeté son excuse, on a besoin de l'autorité du tuteur pour accepter une hérédité, vu que le curateur n'a pas un pouvoir assez étendu pour représenter la personne du pupille ; ce qui est pourtant nécessaire à l'adition d'hérédité, *leg.* 17, § *tutor. ff. de appell.* ; dans ce cas, et autres semblables, comme si le premier tuteur était devenu sourd, muet ou furieux, on lui en substitue un autre qui gère jusqu'à la puberté du pupille ; car il faut faire cette attention, que lorsqu'il survient au tuteur un empêchement pour un tems, et qui peut cesser avant la fin de la tutelle, on lui nomme seulement un curateur qui le remplace jusqu'à ce que l'empêchement ait cessé. Mais, si l'empêchement doit, selon les apparences, subsister jusqu'à la fin de la tutelle, on lui substitue un autre tuteur, *ut cod. in quibus casibus, leg. penult.*, parce que le pupille ne peut se trouver sans avoir quelqu'un qui soit chargé de sa personne, tel qu'un tuteur (1) à qui appartient la jurisdiction de la puissance paternelle, de la même manière que passe en la puissance du juge la jurisdiction que le prince lui transmet. La jurisdiction du curateur, au contraire, consiste seulement à administrer, à veiller à la conservation des biens, à faire récolter les fruits et autres choses semblables qui sont de pur fait ; il cesse d'être compétent, dès que le cas requiert quelque solennité de droit, comme d'accepter une hérédité, vendre, aliéner, et tout autre acte qui puisse obliger le pupille.

§ VI. Non-seulement on nomme un second tuteur à la place du premier, ou un curateur pour administrer pendant la durée de l'empêchement, arrivé à la personne du tuteur, ou pour servir de coadjuteur ; mais encore si le tuteur ne peut faire la poursuite des affaires du pupille, soit à cause de maladie ou autres raisons légitimes (2), et que le pupille soit absent ou encore dans un âge à ne pouvoir donner

(1) La qualité de tuteur se prend du mot *tutela*, bien différente de la qualité de curateur, qui se prend du mot *curatela*.

(2) S'il est obligé d'aller faire un long voyage ; s'il a embrassé l'état *monacal* ou le *sacerdoce* ; s'il lui est survenu quelque succession, qui lui donne de grandes occupations, et autres causes mentionnées au *ff. de procur. et defens. leg.* 8, § 3, *usque ad leg.* 25, *etc.*

son consentement, c'est-à-dire, dans l'enfance (1), il lui est libre d'établir, à ses périls et risques, un agent, *actorem*, qu'il doit faire

(1) Nous disons *s'il est absent ou dans l'enfance*, parce que si le pupille était présent et au-dessus de l'enfance, il pourrait constituer un procureur avec l'autorité de son tuteur, et le charger du soin de ses affaires, *leg. decreto* 12 *ff. de adminis. tut. et leg. neque* 11, *cod. de procur.*, le tuteur ne pourrait le faire sans l'intervention de son pupille, parce que nous ne pouvons constituer de procureur pour les affaires d'autrui, *arg. leg.* 1a. *ff. de procur. et cod. de actore à tutore, vel curat. dando*, qu'autant que nous sommes devenus les maîtres du procès, en faisant des poursuites en notre nom, et qu'il y a eu contestation en cause; car autrement, avant la contestation en cause, nous ne sommes pour rien dans l'affaire. Comment en effet pourrions-nous transmettre à un autre ce que nous n'aurions pas encore acquis? *ff. leg.* 11. *de procur. verbo ipsi etiam tutores.* Ce que nous venons de dire à l'égard des tuteurs, a lieu aussi à l'égard des curateurs, *ut dicta leg.* 11; il y a cette différence entre celui qu'on appelle *actor*, et celui qu'on appelle *procurator*, que celui-ci doit être créé par le maître de l'affaire, au lieu que l'autre peut être créé par celui qui ne l'est pas; on n'a pas besoin d'interposer l'autorité du juge pour le premier, ce qui est requis pour l'autre, on constitue un procureur pour une seule chose; l'agent au contraire a un pouvoir égal à celui de qui il le tient; ce qui s'étend à toutes les affaires qu'il faut poursuivre; la charge de procureur finit par la fin de l'affaire pour laquelle il a été constitué; celle de l'agent ne finit qu'en même-tems que celle du tuteur.

On distingue de différentes manières ceux qui sont chargés des affaires d'autrui, en leur donnant un nom particulier qui leur est propre, et qui marque l'étendue du pouvoir de chacun, tel que l'agent dont nous venons de parler, *actor.*

2°. Le curateur qu'on donne pour aider au tuteur, se nomme *coadjuteur, leg. solet ff. de tutelis.*

3°. Le curateur qu'on donne pour administrer pendant la durée de l'empêchement survenu au tuteur.

4°. Le tuteur lui-même, *ut suprà, tit.* 13, § 1er.

5°. Le curateur qu'on donne aux *adultes*, aux *furieux* et autres, *ut in principio hujus, tit. et* § 3 *et* 4.

6°. Le procureur chargé des affaires d'autrui avec mandat, *ff. de procur. leg.* 1a.

7°. Celui qui gère sans mandat, qu'on appelle *negotiorum gestor, infrà, liv.* 3, *tit.* 28, § 1er.

8°. L'économe chargé expressément par l'évêque, pourvu du consentement de ceux qui composent le chapitre de la régie des revenus ecclésiastiques, *cod. de sacrosanctis, ecclesiis, leg.* 11, *Jubemus cod. de episcopis et clericis, leg.* 32, *omnes* § *hoc nihilominus versiculo, hunc enim sine dubio.*

9°. Les grands-vicaires de l'évêque, qu'on appelle *apocrisarii, novelle* 6, *chap.* 3.

10°. Le syndic chargé des affaires de plusieurs particuliers, renfermé sous un terme

autoriser par le préteur ou par le gouverneur de la province, afin qu'il puisse, à sa place, se donner tous les soins nécessaires à l'administration de la tutelle, *ut infrà, tit.* 10, *liv.* 4, *§ ult. à la note.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 11. Chez les Romains, on nommait des curateurs aux mineurs, sortis de tutelle, pour exercer leurs fonctions jusqu'à ce que ces derniers eussent passé la *vingt-cinquième* année, époque de la majorité : parmi nous, cette époque a été avancée; le législateur a considéré « que la » capacité naturelle était la vraie mesure de la capacité légale, et l'on a » reconnu que l'incapacité civile, résultante de la minorité portée au-delà » du vrai, mettait la société dans une perte réelle : » c'est pourquoi la majorité a été fixée *à vingt-un ans accomplis*, (art. 488.) Les curateurs ne peuvent donc être nommés, en France, depuis l'époque de la puberté, jusqu'à celle de la majorité, qu'à des mineurs émancipés, (art. 480), à l'effet de les assister dans l'audition du compte tutélaire, encore même, dans ce cas, n'ont-ils d'autre qualité que celle *de curateur aux causes*, ainsi que nous l'avons dit *suprà*.

On donne aussi parmi nous des curateurs aux condamnés, morts civilement, pour procéder en justice, (art. 25); aux sourds et muets qui ne savent pas écrire, (art. 936); aux successions vacantes, (art 813); et enfin au ventre de la mère, qui, au décès de son mari, se trouve enceinte, (art. 393.)

A Rome, le magistrat qui déférait la tutelle, était chargé de déférer la curatelle. En France, le conseil de famille, présidé par le juge de paix du domicile, est seul compétent pour nommer à la curatelle, (art. 480.)

---

copulatif, comme syndic d'une communauté, etc. *ff. de muneribus, et honoribus, leg.* 1. *et leg.* 18, *versiculo defensores.* On confond quelquefois improprement sous le nom de syndic, celui d'agent, *actoris*, *ff. quod cujuscumque univers. leg.* 1a. § 1°. *et* 2°., *et leg.* 6, § 4. Nous disons *improprement*, parce que le terme de syndic doit être pris principalement pour l'agent de plusieurs personnes réunies pour un même intérêt, *actor* pour l'agent d'un particulier, et *économe* pour l'agent d'un évêque, *ut superius diximus.*

Par le droit romain, on nommait des curateurs aux prodigues et aux majeurs incapables d'administrer leurs biens : parmi nous, le mineur émancipé, qui aura donné des marques de prodigalité, rentrera en tutelle du jour que ses obligations auront été réduites, en cas d'excès, (art. 485); et le majeur, en état d'imbécillité, de démence ou de fureur (1), pourra être interdit, même lorsque son état présentera des intervalles lucides, (art. 489), et placé sous une tutelle qui ne prendra fin qu'avec sa vie, ou avec les causes de son interdiction, (art. 512) : quant au prodigue qui aurait atteint sa majorité, le législateur n'a point voulu prononcer son interdiction, mais il l'a astreint à ne pouvoir plaider, transiger, emprunter, aliéner ni grever ses biens, qu'avec l'assistance d'un conseil judiciaire, (art. 513.)

Chez les Romains, on donnait des curateurs à des pupilles, lorsque leur tuteur légitime n'était pas capable d'administrer par lui-même. En France, un semblable tuteur serait, sans ménagement, exclus de la tutelle, (art. 444); et le conseil de famille, assemblé à la diligence du subrogé tuteur, procéderait à une nouvelle nomination, (art. 446.)

(1) L'orateur Romain appelle furieux celui qui prodigue sa fortune en festins, en chairs de victimes, en spectacles de gladiateurs, en jeux et en appareils de chasse, etc.

TITRE XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Après avoir établi auprès des mineurs des personnes pour surveiller leurs intérêts, il fallait prévenir, autant qu'il était possible, le dol et la fraude qu'elles auraient pu commettre, en absorbant ou diminuant, par une mauvaise administration, les biens des impubères et des adultes : c'est pourquoi le préteur fut chargé d'exiger une caution (1) des tuteurs et des curateurs : ce qui pourtant ne pouvait avoir lieu indistinctement ; car les tuteurs légitimes ne sont point, dans un certain cas (2), obligés de donner caution. Les testamentaires en sont toujours exempts : la raison en est, que le choix fait par le testateur, fait assez présumer, en leur faveur, toute l'intégrité et l'exactitude nécessaire pour exercer leurs fonctions (3) ; la même présomption subsiste en faveur de ceux qui n'ont été admis qu'après une exacte information (4), par laquelle ils

(1) Cette caution est donnée en la manière décrite ci-dessus, *tit.* 20, § 9 *dernière note*, *et ff. rem pup. salvam fore leg. non quasi in principio et ff. de præt. stip. leg. 3, et ff. qui satisdare cogn. leg.* 1a., ce qui faisait qu'ils ne pouvaient administrer qu'après ce préalable rempli, *cod. de tut. vel. cur. qui satisd. non ded. leg.* 1a. *et fin.*

(2) Les tuteurs légitimes sont tenus de donner caution, à l'exception du patron tuteur légitime, à l'égard de son affranchi, *ff. de legitim. tut. leg. legitimos* § 1er.

(3) Il en est de même des curateurs donnés par testament : quoique cette dation ne soit pas régulière, cependant, si telle a été la volonté du testateur, ils sont confirmés par le préteur ou par le gouverneur des provinces, *suprà tit.* 23, § 1.er. *et leg.* 21 *cod. de episcop. audient.* ; ils sont même déchargés de donner caution comme les tuteurs testamentaires, *ff. de confirm. tut. leg. si filio, et leg. in confirmando, et leg. sequent. et leg. utilitate.* Il en est autrement du tuteur donné par la mère, *ff. de confirm. ut leg.* 1a. *ad finem*, *et cod. de confir. tut. leg.* 1a. *et infrà*, *tit.* 13, § 5, parce que son jugement ne peut être comparé à la solidité de celui du père, *arg. leg. tit.* 8, *liv.* 2, *infrà in principio*, *et tit.* 4 ; *liv.* 4, *infrà de injuriis*, § 1o. : on n'aurait donc aucun égard à la nomination faite par la mère, dans un testament, d'un curateur à son fils *adulte*.

(4) Il faut faire ici une exception à l'égard d'un curateur donné à un furieux, auquel on ont

ont été déclarés capables et propres à la gestion de la tutelle, *ut suprà tit.* 20, § 3, *et infrà*, *liv.* 4, *tit.* 11, *in ppio.*

§ 1er. Il n'est pas toujours certain que les tuteurs ou curateurs testamentaires, et ceux nommés après une exacte information, ne puissent être dépouillés de leurs fonctions par le défaut de caution. Il y a une exception à faire pour le cas auquel plusieurs tuteurs ou curateurs sont appelés en même-tems à la même tutelle ou curatelle, par un même testament, ou par le juge après information. L'un d'eux alors, pour éviter la solidarité et les risques qu'il pourrait y avoir pour lui de gérer avec les autres, peut offrir de donner caution touchant la sûreté des biens du pupille, soit pour être préféré et avoir seul l'administration, soit pour engager quelqu'un des autres de la prendre en offrant pareillement de cautionner. Comme il ne peut par lui-même s'assurer de la solvabilité des autres cotuteurs et cocurateurs, par la raison qu'il n'a pas le droit d'exiger d'eux une caution, il ne lui reste que ce moyen, ou de l'offrir lui-même pour être préféré, ou de contraindre ainsi les autres à faire une offre semblable.

Mais si aucun d'eux ne veut cautionner, il est nécessaire alors de connaître si le testateur, dans son testament ou codicille, n'a point marqué entr'eux quelque préférence pour la gestion, par une volonté expresse ou tacite, afin de charger de la tutelle ou curatelle celui sur qui tombe la préférence ou la présomption. Si le testateur n'a manifesté aucune volonté à cet égard, on doit déférer la tutelle ou curatelle à celui de qui la majeure partie des cotuteurs ou cocurateurs fera choix, selon qu'il est statué par l'édit du préteur (1), pourvu toutefois qu'ils soient d'accord et consentent tous que l'administration soit gérée par un seul;

---

fait donner caution, s'il n'a pas d'ailleurs un patrimoine considérable *, quoique cependant il n'ait été admis qu'après une exacte information, *cod. de cur. fur. leg. fin.* § *et siquidem et* § *si verò non talis.* Le cas est différent dans cette hypothèse; il est d'autant plus nécessaire de se prémunir contre la mauvaise foi du curateur, qu'il peut se faire que son administration subsiste pendant toute la vie du furieux, à moins qu'il ne recouvre la raison.

(1) Cet édit n'est point parvenu jusqu'à nous.

* C'est-à-dire, assez important, par comparaison à la consistance de son administration.

car ils ont tous la liberté de gérer, s'ils en ont la volonté, *ut ff. de administratione tut., leg. si plures, § fin. et leg. vel in partes.*

Mais si, consentant qu'un ou plusieurs d'entr'eux gèrent la tutelle ou curatelle, ils étaient seulement opposés touchant celui ou ceux sur qui doit tomber l'election, il faut alors avoir recours à l'autorité du préteur, lequel, assisté de ses officiers de justice, vide leur discord (1).

---

(1) Il n'en est pas de ce choix comme de celui dont il est question *sup. tit.* 20, § 23, où l'on en fait l'affaire du hasard; il y a ici bien de la différence, en ce qu'il s'agit de l'intérêt d'un tiers : pour bien se fixer sur cette matière, c'est-à-dire dans le cas où plusieurs personnes ont un droit égal, et qu'il faut faire un choix ou décider en faveur de l'une d'elles, il faut distinguer; ou la difficulté est fondée sur un fait, ou elle l'est sur un droit : dans le premier cas, elle ne peut être levée que par le secours des preuves, parce que si vous me demandez une chose, prétendant qu'elle vous appartient; si de mon côté j'ai la même prétention, quoique je n'aie devers moi aucune preuve, vous ne pouvez l'obtenir qu'autant que vous prouverez que vous en êtes le maître légitime, *leg. actor. ff. de probationibus;* il serait absolument ridicule de laisser le soin de cette discussion au hasard, en ce qu'il pourrait arriver que le sort tomberait précisément sur celui dont la demande serait réellement injuste : si, au contraire, la difficulté est fondée sur un droit, il faut encore distinguer, ou le titre qui établit ce droit lève la difficulté évidemment, ou par le secours des présomptions qui en résultent, ou le titre garde absolument le silence; dans le premier cas, tout est décidé par l'exhibition du titre, et le choix demeure fixé en faveur de celui qui le possède; dans le second, il faut connaître si les parties sont discordantes à l'occasion ou au préjudice d'un tiers, ou bien à raison de leurs propres intérêts. Si un tiers se trouve intéressé, on ne peut décider du choix par le sort; car, on ne peut livrer au hasard les affaires d'autrui; il ne reste d'autre ressource alors que de recourir au juge qui vide leurs discords, soit d'une manière *précise*, soit d'une manière *causative*, c'est-à-dire d'après les raisons et dires des parties, comme dans l'espèce de la loi 84, *cujus modi § finali ff. de legatis primò*, en déniant à l'un l'action dont il veut se servir au préjudice de l'autre, eu égard à l'intérêt respectif des parties, qui les engage à agir par une action plutôt que par l'autre; ce qu'il doit s'efforcer de concilier, en comparant la perte de l'un avec la perte de l'autre.

Le juge décide d'une manière précise dans le premier cas, parce que toutes les parties ne tendent à un même but que par la même voie, en désirant d'être choisies préférablement aux autres : dans le second cas, on ne peut prononcer d'une manière précise, parce que les parties, quoique ayant un droit égal, ne tendent pas au même but, et prennent chacune en même-tems une route différente; l'un veut agir par action personnelle, et répéter le prix de sa portion de legs; l'autre veut agir par action réelle, et demander le fonds légué : de l'autre côté, l'héritier chargé de délivrer le legs, et l'un des héritiers du légataire, ne peuvent tirer au sort le choix des actions, au préjudice de l'autre héritier du

La même chose doit être observée lorsque plusieurs sont appelés à la même tutelle ou curatelle par le juge après une information exacte, c'est-à-dire que la majeure partie puisse choisir un d'entr'eux pour gérer seul les affaires du pupille ou du mineur.

---

légataire, contre qui il pourrait être décidé, *par la règle qu'il ne peut nous être préjudicié par le fait d'autrui*; il faut donc nécessairement l'intervention de l'autorité du préteur, qui rend un jugement auquel toutes parties sont obligées de souscrire, et contre lequel elles sont toujours censées avoir tort de se plaindre, *res judicata, pro veritate habetur.*

Enfin, si les parties ayant un droit égal, ne sont discordantes entre elles qu'à raison de leurs propres intérêts, et de l'effet d'un concours à un avantage auquel chacun a un droit égal, avantage qui pourtant ne peut être divisé, le juge ne peut alors faire de choix; les droits de chacun étant les mêmes, les raisons de chacun étant aussi les mêmes, il faut nécessairement les remettre à l'arbitrage du sort, de la faveur duquel on ne peut se plaindre à personne, *dicto* §° *opinionis infrà*, *de legatis*, *et leg.* 3, *cod. commun. de legatis*, *in principio.* Si le différend ne se terminait ainsi, les prétentions de l'un détruiraient les prétentions de l'autre, et l'héritier ne saurait et ne pourrait décider à qui donner la chose léguée; ce qui rendrait le legs *caduc*, *ut ff. quibus modis ususfructus leg.* § 2°.

Il y aurait encore un autre expédient à suivre; ce serait de vendre ou de demander seulement le prix de la chose léguée, pour le produit en être délivré à chacun, eu égard à la part qu'il aurait droit de prétendre; il surviendrait même en ce cas un inconvénient, s'ils n'étaient pas tous d'accord sur la vente ou sur la demande du prix, parce que l'héritier est tenu de donner la chose même qui a été léguée, et qu'il ne peut la livrer qu'autant qu'il peut se libérer envers tous ceux qui ont droit au legs : ce cas peut se présenter lorsqu'un testateur a légué un esclave à plusieurs; chacun des prétendans voudrait avoir le choix de pouvoir le garder, en rendant aux autres la portion du prix qui les compète.

Nous avons dit *suprà* qu'un légataire pouvait agir par action personnelle, et l'autre par action réelle, par la raison que le légataire a le choix des actions; ce choix même passe en la personne de chacun de ses héritiers; cela posé, l'on suppose que les deux héritiers du légataire ont, dans le même tems, intenté chacun de leur côté une action différente contre l'héritier, chargé de donner le legs, qui se trouve attaqué de deux côtés pour la même chose; le même juge, alors chargé des deux instances pour la même chose, examine, comme nous l'avons dit, les raisons qui se trouvent dans l'une comme dans l'autre, et tranche la difficulté en déniant à l'un l'action dont il voulait se servir, et le réduisant à l'action que l'autre avait commencé d'employer.

Il en est bien autrement du choix des actions, lorsqu'un même legs a été donné conjointement à deux légataires; leurs actions se divisent alors de la même manière que leur demande; l'un peut réclamer le prix, et l'autre la moitié du fonds légué, *et vice versâ*; *leg.* 85, *ff. de legatis primo.*

§ II. Les pupilles, les mineurs, les furieux, les insensés, etc., dont les biens sont livrés aux soins d'autrui, ont non-seulement le droit de diriger leurs actions contre leurs tuteurs ou curateurs et contre leurs héritiers, *leg.* 1, § *usque adeo*, *ff. de tut. et rat. distrah.*, *leg.* 1, § *inter*, et *ff. de magist. conven.*, pour les obliger de rendre compte et les constituer responsables de leur mauvaise administration ; mais il leur reste encore une action subsidiaire (1) contre les magistrats ou autres qui ont reçu le cautionne-

(1) Cette action contre les magistrats n'est pas toujours subsidiaire; car l'on agit quelquefois contre eux avant d'actionner tous les tuteurs ou curateurs : c'est ce que nous allons démontrer : ou il n'y a qu'un tuteur ou curateur, ou il y en a plusieurs ; s'il n'y en a qu'un, l'on agit premièrement contre lui et sa caution ; s'il y en a plusieurs, il faut distinguer, ou tous gèrent en même tems, ou il n'y en a aucun, ou chacun a géré séparément. Si tous ont géré en même-tems, on agit contre eux, avant d'agir contre le magistrat, *ff. de adminis. tut. Lucius*, § *pen. et de magistr. conv. leg. duo.* S'il n'y en a aucun qui ait géré, ou par négligence ou autrement, ils n'en sont pas moins les premiers responsables, *ff. de adminis. tut. leg. si plures.* Mais, si l'administration a été divisée entre eux, et qu'ils aient été chargés chacun d'une partie, il faut distinguer si cette division a été faite par eux-mêmes, par le testateur ou par le juge. Si elle a été faite par eux-mêmes, le pupille a la liberté d'agir solidairement contre qui il veut d'entr'eux, en faisant cession des actions contre les autres. Si elle a été faite par le testateur, chacun n'est tenu que pour sa part de gestion, sans qu'il reste au pupille d'autre recours contre personne : la présomption du choix fait par le testateur, dispense le juge et les tuteurs de toutes précautions. Si elle a été faite par le juge, chacun n'est encore tenu que pour sa portion, et le juge ensuite subsidiairement pour la portion d'un chacun : ce n'est qu'après ce recours contre les magistrats que ceux qui n'ont géré qu'une portion, sont responsables, et qu'on peut agir contr'eux pour la portion des autres, s'il y en a quelqu'un d'insolvable, *ff. de administ. tut. leg. lucius* 2a., § *pen. et cod. de divid. tut. leg.* 2a. C'est dans cette dernière espèce que l'action peut n'être pas subsidiaire contre le magistrat ; car l'on agit avant contre les autres tuteurs ou curateurs qui ont géré séparément par la volonté du testateur ou du juge ; si, par dol, ils n'ont pas rejetté l'un d'entr'eux qu'ils savaient suspect, ou qu'ils l'aient fait trop tard, et seulement lorsqu'il est devenu insolvable, ou qu'ayant voulu le faire rejetter pour cause de soupçon, ils aient trahi les intérêts du pupille, en recevant quelque argent pour ne point employer tous les moyens dont ils auraient pu se servir pour le faire dépouiller de ses fonctions, *de administ. tut. leg. titium*, § *tutores* ; s'ils n'ont pas exigé de caution, voyant que l'un d'eux devenait insolvable, *ff. de administ. tut. leg. tres tutores*, § *fin. et cod. de divid. tut. leg.* 2a. Dans tous ces cas, les autres tuteurs ou curateurs, quoiqu'ils aient bien géré la partie de leur gestion, sont tenus solidairement, s'il est prouvé qu'ils auraient pu prévenir l'insolvabilité ou la mauvaise administration des autres. Ce n'est que

ment (1) donné par les tuteurs ou curateurs, lorsque ces derniers et leurs cautions sont totalement insolvables ; ce qui doit par conséquent avoir lieu, lorsqu'ils ont négligé d'exiger le cautionnement, ou bien lorsqu'ils ont reçu des cautions insuffisantes, *ff. de magist. conven.*, *leg.* 1ª., *§ sciendum*, *et § exigere*. Les décisions des jurisconsultes (2) et les constitutions des empereurs (3) donnent non-seulement le recours contre les magistrats eux-mêmes, mais encore contre leurs héritiers (4).

§ III. Les constitutions portaient même qu'on pourrait obliger les tuteurs ou curateurs, par prise et saisie de leurs biens, à donner caution (5) ; mais si, malgré ce rigoureux remède, ils s'obstinaient encore, on les rejettait comme suspects, et l'on en nommait d'autres, *ut leg.* 3, *cod. de suspect. tut. et cur. lege* 1ª. *§ quid ergo*, *ff. de ventre insp. de adminis. tut. vel cur. leg.* 1ª. *in ppio.*

§ IV. Cette action subsidiaire ne pouvait être généralement intentée contre toutes sortes de juges : il fallait en excepter le préfet de la ville, le préteur, le gouverneur de la province et autres magistrats supérieurs qui n'étaient point tenus de la solvabilité de tuteurs, curateurs, ni cautions, parce que, quoiqu'ils eussent le droit de donner des tuteurs,

---

dans cette hypothèse, que les tuteurs sont tenus, avant les magistrats, des portions de tutelles qu'ils n'ont point gérées; recours qu'opère leur fraude et leur mauvaise foi, *cod. dictâ lege* 2ª. *de divid. tut. et leg. Lucius* 2ª., *§ pen.*, *ff. de admin. tut.* Car, autrement, on agit en premier lieu contre celui qui a géré, puis contre le magistrat, et ensuite contre celui qui n'a pas géré.

(1) *Vide tit.* 20, *suprà* § 5 aux notes, quels sont les magistrats préposés pour recevoir les cautions : l'action subsidiaire a aussi lieu contre les estimateurs du patrimoine du pupille qui, à cause de la modique estimation qu'ils ont faite, ont donné lieu à recevoir des cautions insuffisantes, *ff. de mag. conv. leg.* 1ª. *§ divus*, *ff. de cujus vocando*, *leg.* 1ª. *et qui satisdare cogatur*, *leg. si vero* § 1°.

(2) *ff. de mag. conv. leg.* 1ª. *§ sciendum est*, *et leg. quod ad hæredem.*

(3) *Cod. de mag. conv. leg.* 2ª. et autres constitutions grecques, que nous ne connaissons point.

(4) Les héritiers ne sont pourtant tenus que du dol et de la mauvaise foi, *latâ culpâ* ; il en est autrement du défunt qui est même tenu de sa faute légère, *ff. de mag. conven. leg. non similiter.*

(5) On en usait ainsi à Rome pour bien d'autres choses; par exemple, pour faire entrer les sénateurs aux assemblées du sénat.

ils n'étaient point chargés de faire fournir des cautions, ni de les recevoir : ce qui au contraire était du ressort des magistrats municipaux (1), c'est-à-dire, des juges inférieurs ; tel était l'usage auquel ils avaient été maintenus, et on leur avait même donné des moyens pour y parvenir, *ut sup.*, § 3.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 12. Le législateur n'a point astreint parmi nous le tuteur à fournir caution ; la confiance du conseil de famille justifie assez sa probité : il est d'ailleurs un autre motif qui l'a déterminé à négliger cette précaution qui, chez les Romains, assurait presque toujours la fortune des mineurs ; c'est que parmi nous le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, aliéner, hypothéquer ses biens immeubles, sans l'autorisation du conseil de famille, (art. 457.) Il ne pouvait donc y avoir de risque que pour les meubles ; et l'on sait que dans les dix jours de sa nomination, le tuteur doit faire procéder à l'inventaire et à la vente des meubles, autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à garder en nature. (art. 451 et 452.)

La rigueur est même poussée si loin, que lors de l'entrée en exercice, le conseil de famille a seul le droit de régler, par apperçu, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle de l'administration de ses biens, (art. 454.) Le tuteur n'a donc d'autre autorité que celle d'administrer les biens du pupille ; sa manutention se borne à procurer le placement de l'excédent de ses revenus, encore même doit-il en faire l'emploi dans le délai de six mois, sous peine d'en payer les intérêts, (art. 455.) On peut ajouter encore que le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, du jour de l'entrée en exercice, (art. 2121) ; c'est donc avec raison que le législateur ne l'a point assujetti à fournir caution ; c'eût été mettre inutilement des entraves à la dation et à l'acceptation de la tutelle.

(1) Que nous avons dénommés ci-dessus au § *antepenultième du tit.* 20.

TITRE XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

Les tuteurs et curateurs, pour se dispenser d'exercer l'administration de la tutelle ou curatelle qui leur aurait été déférée, ont plusieurs moyens à faire valoir.

Un certain nombre d'enfans, soit qu'ils soient en la puissance paternelle, soit qu'ils n'y soient plus par l'émancipation, est l'excuse la plus ordinaire, ainsi qu'elle a lieu pour les charges civiles ou publiques, c'est-à-dire municipales, parmi lesquelles on compte la tutelle et la curatelle (1). Le nombre fut fixé à *trois* dans Rome, c'est-à-dire, dans

(1) La tutelle et la curatelle ne sont comptées au nombre des charges publiques, qu'à cause de l'autorité du juge, qui y est interposée, pour lier les administrateurs : ce n'est donc que par voie de suite que ces charges intéressent le public, *suprà de just. et jure*, § *fin.*, parce qu'il est de l'avantage de la république que les citoyens ne fassent pas mauvais usage de ce qui leur appartient, *ut sup.*, *tit.* 18, § 3, *verbo rectè expedit.*

Les charges publiques sont, ou personnelles, ou patrimoniales, ou mixtes, *ff. de muner. et honor.*, *leg. fin.*, ou honorables.

Parmi les personnelles, les unes regardent principalement l'utilité publique, comme le décurionat, la charge de censeur, pour le dénombrement des personnes et des biens, qu'on faisait tous les dix ans chez les Romains.

Les autres regardent principalement l'utilité des particuliers, comme la tutelle et curatelle, *leg.* 1ª., *ff. de mun. et honor.*

Les mêmes excuses qui servent pour les charges, qui regardent principalement l'utilité publique, servent pour celles qui regardent principalement l'utilité des particuliers ; avec cette différence, que l'immunité obtenue du prince, pour les charges publiques en général, ne s'étend point à la tutelle et curatelle, *leg.* 17, § 3, *leg.* 15, § 12, *de excus. tut. vel cur.* C'est une exception faite en faveur des pupilles et des mineurs, comme on voit dans d'autres cas, *ut ff. de legatis* 3º., *leg. uxorem*, § *felicissimo*, *ff. de procuratoribus*, *leg. Pomponius in ppio.*, *ff. de liberatione legatâ*, *leg. Aurelio*, § *Gaïus.*

Parmi les patrimoniales, les unes sont attachées aux choses qui regardent tous les propriétaires, soit citoyens, soit étrangers : c'est ce que nous appelons charges réelles, comme la taille dans certaines provinces. Les autres sont attachées aux personnes et aux choses,

la ville et dans la banlieue, *ut ff. de officio prefect. urbis leg.* 1a. § *cum urbem ; à quatre* dans l'Italie, et *à cinq* dans les provinces. Quoique, par le droit ancien, les enfans adoptifs fissent nombre, lorsqu'ils étaient donnés à un étranger, il n'en est plus de même aujourd'hui, parce qu'ils ne passent point en la puissance de l'adoptant, et qu'ils restent toujours en celle du père naturel, *ut suprà, tit.* 11, § 2. Ils ne peuvent compter, qu'autant qu'ils ont été donnés en adoption par leur père émancipé, ou *sui juris*, à leur père naturel, c'est-à-dire, à leur aïeul ou bisaïeul, tant paternel que maternel, parce que alors ils passent en leur puissance et qu'ils reviennent dans leur famille, *ut dicto, tit.* 11, *sup.*, § 2; ou bien lorsqu'un fils de famille s'est donné en adrogation, parce qu'il passe aussi en la puissance et dans la famille de l'adrogateur, *ut sup, tit* 11, § 3 *et* 11.

Les petits-fils, descendans d'un mâle, nés avant l'émancipation de leur père, peuvent encore servir à établir l'excuse, parce qu'ils représentent leur père mort, et qu'ils succèdent, à sa place, à leur aïeul, concurremment avec ses autres enfans : on se conforme cependant, quant à cette espèce de représentation, à celle qui s'observe dans la manière de succéder, *inf. de hæred. quae ab intestat*, § *filius;* c'est-à-dire que, quand bien même ils seraient plusieurs petits-fils, ils ne sont comptés que

---

parce qu'on considère, dans la répartition, les unes et les autres : c'est ce qu'on appelle personnelles ou mixtes, parce qu'elles tiennent du réel et du personnel, comme la capitation ; celles-ci n'ont lieu que parmi les habitans d'une même cité, d'un même lieu ; bien entendu qu'on doit toujours observer, dans la distribution des charges, une exacte égalité, sans qu'il soit permis de faire supporter plus à l'un, pour alléger la portion d'un autre, *cod. leg.* 4, *liv.* 10, *tit.* 42, et la loi *première* et *dernière*, *au ff.*, *tit. de muner. et honor.* On appelle ces dernières charges patrimoniales, parce qu'elles sont levées sur le patrimoine du souverain. Le nombre des enfans n'en excuse point, ainsi que pour celles qui sont honorables d'elles-mêmes, comme la magistrature, et les charges municipales, *de muner. et honor.*, *leg. honor. et de vocat. et excus. mun.*, *leg. in honoribus*, à moins qu'ils ne soient au nombre de *seize*, nombre qui sert d'excuse pour toutes charges, en considération de l'éducation des enfans, à la surveillance de laquelle la nature destine les pères, *leg.* 5, *ff. de jure immunitatis*, *verbo et si non.*

Il nous reste à observer que les femmes ne sont exemptes ni des charges réelles, ni des mixtes, parce que ces charges ne regardent pas principalement les personnes.

pour

pour un, comme ne représentant tous ensemble qu'une seule et même personne qui est leur père, *ff. de excus., tut. vel cur. leg.* 2ª., § *quodcumque.*

Mais, les petits-fils, descendans des femmes, ne peuvent être d'aucune utilité, parce qu'ils ne sont point dans la famille de leur mère, et qu'ils suivent toujours celle de leur père, *ut sup.*, *tit.* 9, § 3. Ils ne pourraient d'ailleurs servir à deux personnes en même-tems, c'est-à-dire, à l'aïeul paternel et à l'aïeul maternel.

Il faut observer qu'il n'y a que les enfans vivans qui servent d'excuse pour la tutelle et curatelle : ceux qui ne sont pas nés, quoique conçus, ne sont comptés pour rien, parce qu'ils ne sont regardés comme nés, que lorsqu'il s'agit de leur avantage, *leg.* 2ª., § *qui autem in ventre, ff. de excus., tut. vel cur.* Il en est de même de ceux qui sont morts, à moins qu'ils n'aient perdu la vie en combattant pour le prince, *ut sup. de adop.*, § *fœminæ*, parce que celui qui meurt pour sa patrie, vit éternellement dans la mémoire des hommes, qui ne sauraient oublier la gloire qu'il s'est acquise, *ut ad leg. aquiliam, ff. leg. quâ actione, ff. si quis in colluctatione* ; ainsi que d'autres, dans le sens contraire, par l'ignominie ou la basse condition à laquelle ils sont réduits, sont réputés morts, quant aux droits civils, quoique vivans, comme les déportés, les esclaves, *ff. de reg. juris, leg. quod attinet, leg. servitutem.*

§ Ier. L'empereur *Marc* a déclaré, dans ses rescrits donnés pendant ses semestres (1), que celui qui aurait l'administration des deniers publics, serait exempt de tutelle et de curatelle pendant tout le tems qu'il l'exercerait, *ut suprà, de cur.*, § 5, *verbo item loco tutorum.*

§ II. Les absens, pour les affaires de l'état, ou qui sont sur le point de s'absenter, ce qui est presque la même chose, sont exempts de tutelle et de curatelle, avec cette restriction que, s'ils étaient nommés avant leur délégation, leur excuse ne servait qu'autant qu'ils demeuraient

(1) Cet empereur, à l'exemple de plusieurs autres de ses prédécesseurs, consacrait alternativement six mois de l'année à faire la guerre, et six mois à l'étude, pendant lesquels il tenait des conseils, où il donnait des rescrits ou ordonnances : voilà ce qu'on doit entendre par semestres.

absens (1), on faisait nommer un curateur en attendant, et, s'ils revenaient, ils étaient obligés de reprendre l'administration, sans avoir un an entier d'exemption après le retour, quoique *Papinien* le déclare au *liv. cinquième de ses réponses* : ce qui n'a lieu que pour ceux qui, n'ayant point de tutelle ou de curatelle avant leur délégation, ont été nommés pendant leur absence : à leur retour, ils jouissent d'une année entière d'exemption, après lequel tems ils sont obligés d'exercer (2).

§ III. Les premiers magistrats municipaux, c'est-à-dire ceux qui ont quelque pouvoir, comme de faire arrêter, faire châtier, faire mettre en prison, *v. g.* celui chargé de courir la nuit, *praefectus vigilium*, celui chargé de la police des vivres, *praefectus annonæ*, et à plus forte raison les décemvirs, *leg.* 6, § 10, *ff. hoc tit.*, et les sénateurs, *leg.* 15, § 3, *ff. hoc tit.*, jouissent de l'exemption de tutelle et de curatelle, suivant le rescrit donné par l'empereur *Marc.* Si cependant ils en étaient chargés avant d'être revêtus de la magistrature, ils ne pourraient se soustraire à cette administration, et seraient obligés de la continuer.

§ IV. Un procès que le tuteur ou le curateur aurait avec le pupille ou le mineur, ne serait pas une raison assez forte pour les excuser, à moins qu'il ne s'agît de la totalité des biens ou de la majeure partie, comme d'une succession, *cod. leg. si alleg. de excus., tut. vel cur. suprà, tit.* 21, § *fin.* Les difficultés ont été levées par le droit nouveau, *authent.*

---

(1) Cependant, pour ne point être tenus de l'administration du curateur qu'on nommait à leur place pour les suppléer, il était nécessaire qu'ils proposassent leur excuse, et qu'ils la fissent recevoir : autrement, on avait subsidiairement recours contre eux, pour les punir d'avoir laissé le pupille ou le mineur livrés à eux-mêmes, sans secours, *leg.* 1ª. *cod. si tut. vel cur. reip. causa aberit.*

(2) Le privilége de ceux qui étaient au service de la guerre, était plus étendu ; car, si les militaires, n'ayant point de tutelle, étaient nommés pendant leur absence, ils avaient un délai après leur retour ; savoir, s'ils se retiraient après cinq années, un an inclusivement ; après huit années de service, ils jouissaient de deux ans ; après douze années, de trois ans ; après seize années, de quatre ans ; et après vingt, ils étaient exempts pour toujours, pourvu toutefois qu'ils se fussent retirés, ou qu'ils eussent été renvoyés sans aucune note d'infamie, *ff. de excus. tut. vel cur. leg. sed et militis*, § 1, 2, 3, 4 *et* 5, *et* § *quandoque usque ad* § *qui autem post. et leg.* 1ª. *cod. de excusat. veteranorum.*

72, *chap.* 1, qui récuse tout tuteur ou curateur, débiteur ou créancier du mineur ou du pupille.

§ V. Un homme chargé de trois tutelles ou curatelles en même-tems, sans les avoir recherchées (1), est dispensé d'en accepter une quatrième pendant tout le tems qu'il les exerce : ce qui doit s'entendre de cette manière, qu'on ne compte que pour une seule tutelle ou curatelle, celle où il y aurait plusieurs pupilles, comme plusieurs frères ayant les mêmes biens ; car ce n'est pas le nombre des pupilles qui fait autant de tutelles, mais le nombre des héritages séparés, *ff. de excus. tut. vel cur. leg. tres tut et leg. si is.*

§ VI. Quoiqu'on ne puisse refuser la tutelle et curatelle à quelqu'un, par la raison qu'il est pauvre (2), il peut cependant prendre de-là un motif d'excuse pour s'en délivrer, s'il vient à prouver que ses biens sont insuffisans, c'est-à-dire, qu'ils ne sont pas de la valeur de ceux dont on voudrait lui confier le soin, *ff. de excus. tut. vel cur. leg. paupertas* ; ou qu'il est tellement pauvre, qu'il a besoin de donner tout son tems au travail le plus assidu pour pourvoir à sa subsistance : ce qui est conforme aux ordonnances *des empereurs frères* et au rescrit donné par l'empereur *Marc* lui-même.

§ VII. On met au nombre des excuses les maladies (3) ; comme si celui qui en est atteint ne peut pas même avoir soin de ses propres affaires : en

---

(1) Car, autrement, la recherche ou l'affectation qu'on ferait paraître d'avoir plusieurs tutelles ou curatelles à-la-fois, donnerait à présumer qu'elles ne sont pas onéreuses pour celui qui en est chargé, et ne pourrait, par cette raison, lui servir d'excuse, s'il refusait d'en accepter d'autres.

(2) Parce que ce sont les mœurs, et non la pauvreté, qui rendent suspect, *tit. seq.*, § *ult. leg. suspectum de susp. tut. vel cur.*, *leg. in postulandis*, *cod. de susp. tut. vel cur.* : quelquefois pourtant, si on le croit nécessaire, on lui associe un curateur riche, *leg. pietatis* 6°. *cod. de susp. tut. vel cur.*

(3) On met fort improprement au nombre des excusés, les muets, les sourds, les furieux, les aveugles, *leg. unica*, *cod. qui morbo*, *et cod. qui dare tut. vel cur. poss.*, *leg.* 3. Ceux-là n'ont pas besoin de proposer d'excuse, quand bien même ils seraient nommés dans un testament ; car ils ne pourraient gérer ni administrer, quand même ils en auraient la volonté, leur état les en rendant totalement incapables. Il en est autrement de celui qui aurait perdu un œil, *leg. frater* 9, *de excusationibus tut. vel cur.*

quoi il faut considérer la nature de la maladie ; si elle incurable, l'excuse devient perpétuelle ; sinon, on donne un curateur jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soient en état de gérer par eux-mêmes, *leg. idem, ff. de excus. tut. vel cur.*

§ VIII. Les gens non lettrés sont excusables, suivant le rescrit de l'empereur *Pie* : ce qu'on doit entendre, s'ils sont en même-tems simples et grossiers ; car, s'ils ont fait preuve de sagacité dans les affaires, ils ne sont pas moins propres pour les fonctions de la tutelle ou curatelle, *ff. de excus tut. vel cur. leg. athletae, § penult. et fin.*, ainsi qu'ils le sont suivant le texte de ce même §, pour les affaires des autres, c'est-à-dire, en qualité de procureur, *negotiorum gestor, leg. 6, § fin, ff. hoc tit.*

§ IX Un tuteur nommé dans un testament peut se dispenser de gérer, si le testateur l'a choisi dans l'intention de lui faire de la peine et par haine, comme étant son ennemi ; cette excuse a lieu surtout dans trois cas. 1°. S'il a été déclaré expressément par le testateur qu'il le nommait à la tutelle, pour l'exposer à devenir débiteur et à être tracassé par le pupille ; 2°. quand l'inimitié a été suscitée depuis la confection du testament ; 3°. quand l'inimitié qui subsistait entr'eux avant le testament etait capitale, et qu'il n'y avait pas eu de réconciliation : car autrement, si elle n'était point capitale, on présume que l'inimitié avait cessé de la part du testateur, en nommant à la tutelle son ancien ennemi, *ut ff. de excus. tut. vel cur., leg. athletae, § dat remissionem, et ut infrà, § post sequent.*, qui détermine ce que c'est qu'une inimitié capitale. Au contraire, ceux qui ont promis au père des pupilles de leur servir de tuteur, ne peuvent pas tirer de-là une excuse. On a si fort égard à leurs promesses, qu'ils sont obligés de gérer, fussent-ils d'ailleurs dans le cas d'être excusés, *ff. de test. tut. leg. ex sententia in fine.* Le tuteur paraîtrait cependant suspect, et devrait être récusé, s'il s'était lui-même inscrit dans le cas où le testateur l'aurait prié d'écrire son testament, à moins que le juge ne le trouvât évidemment capable, et qu'il ne confirmât la nomination ; alors quand même il aurait d'ailleurs quelque excuse, il ne pourrait se dispenser de gérer, parce qu'il est censé, en s'inscrivant lui-même tuteur, avoir approuvé

sans retour la volonté du testateur, *ff. de test. tut. leg. ex sententia*, *et ff. ad leg. Cornel. de fal. leg. uxori.*

§ X. Les rescrits des empereurs *Antonin* et *Sévère*, portent qu'on ne doit point recevoir l'excuse de celui qui donne pour unique raison qu'il n'était point connu du père du pupille, à moins que son domicile ne fût point dans le lieu de la gestion; auquel cas il faut distinguer, ou le tuteur est testamentaire, ou il est datif. S'il est testamentaire, il doit proposer son excuse, parce que le testateur est pardonnable de n'avoir point connu que cette nomination serait inutile, *ff. de testament. tut. leg. quaero in principio*; et à plus forte raison, si la tutelle est légitime, *leg. testamenta cod. de excus. tut. vel cur.* S'il est datif, au contraire, comme le juge est tenu de connaître l'étendue de sa juridiction, *leg. neq. cod. qui dare tut. vel cur. possunt*, l'excuse est non-seulement bonne, mais encore il n'aurait pas même besoin de la proposer; la nomination est radicalement nulle, elle n'engage en rien le tuteur, qui ne court aucun risque, quand bien même il resterait dans l'inaction, c'est-à-dire, sans donner son excuse et sans gérer, *ff. de excus. tut. vel. cur. leg. fin. in fine*, *et leg. neque cod. qui dare tutores possunt.* Si cependant ce tuteur entrait en exercice, on n'aurait point contre lui l'action de tutelle, mais celle de *negotiorum gestorum*, comme étant administrateur volontaire, *et leg. 4, cod. qui tutores vel curatores dare possunt.*

§ XI. L'inimitié, la haine dans laquelle vivaient le tuteur et le père des pupilles, s'il n'y a point eu réconciliation avant la mort, sert d'excuse pour la tutelle et la curatelle, dans le cas où cette inimitié serait capitale (1); car autrement, il faut distinguer, ou le tuteur est légitime, datif,

(1) On appelle inimitié *capitale*, celle qu'on donne à connaître, ou qu'on manifeste par l'homicide de quelqu'un de nos proches, par des querelles continuelles, des affaires d'honneur, ou d'un gros intérêt, dont le ressentiment porterait à saisir les occasions d'attenter à la vie, à l'honneur et aux avantages temporels de son ennemi; *Godefroi*, sur la *loi* 3, *ff. de testibus in principio*; par des menaces de tuer, sur-tout de la part des personnes accoutumées à en venir aux effets, par l'accusation d'un crime capital; ces deux dernières sont les plus fortes, et celles qu'on recevrait plus aisément pour excuse, *leg. 15*, *ff. de arbitriis in glosa*, *et authent. de testibus*, *chap. 8*, § *si verò aliter odiosus in glosâ.*

ou testamentaire. S'il est légitime ou datif, l'inimitié, quoique non capitale, pourrait servir d'excuse : mais s'il était testamentaire, l'excuse proposée ne mériterait aucun égard, parce que, comme nous l'avons dit ci-dessus au § 9, le testateur est censé lui avoir pardonné en le nommant à la tutelle de ses enfans.

§ XII. On admet à refuser la tutelle celui à qui le père des pupilles a intenté un procès pour le faire décheoir de son état de citoyen ou d'ingénu, prétendant qu'il était esclave ou affranchi, *ut inf. de actionibus*, § 13, parce qu'on compare cette accusation à celle d'un crime capital, rien n'étant plus cher parmi les hommes que le droit de cité et la vie civile, *ff. quod metus causâ, leg. isti quidem*, § 1 ; il en est de même, si celui qui a été nommé tuteur fait un procès de cette nature aux pupilles eux-mêmes, *ff. eodem, leg. athletae*, § *amplius*, à moins que ce ne fût une affectation de sa part et par calomnie, pour se délivrer de la tutelle.

§ XIII. L'âge est aussi un moyen d'excuse ; car celui qui a *soixante-dix ans accomplis* (1) peut se dispenser de gérer la tutelle et la curatelle. Les mineurs aussi de *vingt-cinq ans* étaient obligés, par l'ancien droit, d'opposer leur minorité : mais aujourd'hui, par une nouvelle constitution (2), les pupilles et les mineurs sont exclus de toute tutelle légitime, même fiduciaire, et par conséquent de toute autre, soit testamentaire, soit dative ; ils sont même exclus des curatelles, *inf. de fiduciariâ tutelâ in fine* ; c'est pourquoi ils n'ont pas besoin de proposer leur excuse, par la raison qu'il ne leur est pas même permis de prétendre à ces charges, étant contre l'ordre naturel que celui qui est dans la nécessité d'implorer le secours d'autrui, pour défendre sa personne

---

(1) C'est ce qui résulte du terme major, *ut leg.* 3 *ff. de jure immunitatis et argument. legis* 3, § *minorem*, *ff. de minoribus*, où l'on compte le tems de moment en moment. On peut observer que l'âge de *soixante-dix ans* excuse de toutes les charges personnelles, à l'exception des patrimoniales, des mixtes et des honorifiques, comme la magistrature, quelque âge qu'on ait ; si l'on observe que l'âge de cinquante-cinq ans excuse néanmoins de l'honneur du décurionat, *ut toto lib.* 10 *codicis.*

(2) *Cod. de legitimâ tutelâ., leg. fin.*

ou veiller à ses affaires, soit lui-même chargé de défendre ou de veiller aux affaires d'un autre.

§ XIV. Ce que nous venons de dire des mineurs, a lieu aussi à l'égard des soldats (1) qui sont en expédition, c'est-à-dire, qu'ils ne peuvent être ni tuteurs, ni curateurs, quand bien même ils voudraient s'en charger (2).

§ XV. Les professeurs de grammaire, de rhétorique, de médecine et plusieurs autres de cette espèce (3), exerçant ou donnant publiquement des leçons dans leur patrie ou dans Rome, qui était censée être la patrie de tous ceux qui habitaient dans l'étendue de l'empire romain, *ff. ad municipalem leg. roma*, étaient exempts des tutelles et des curatelles, pourvu toutefois qu'ils fussent du nombre de ceux qui avaient été choisis et déterminés, eu égard au nombre des habitans; ce qui n'allait jamais au-delà de dix, *ff. de excus. tut. vel cur. leg. si duas § fin.*

§ XVI. Il est libre à celui qui ne veut administrer ni la tutelle, ni la curatelle, et qui a plusieurs sortes d'excuses à proposer, après en avoir employé certaines qui n'ont point été accueillies, de recourir aux autres,

---

(1) Voyez à la glose de la loi *penult.*, *du tit. ex quibus causis majores*, ce qui est nécessaire pour être réputé soldat.

(2) Il en est autrement de ceux qui sont de l'armée céleste; car, suivant le droit canon, 86, *distinctio*, *c. prevenit et* 16, *q. j. c. generaliter in gl. j.*, les *clercs*, les *évêques*, etc., peuvent volontairement, par piété, prendre des tutelles ou curatelles, quoiqu'ils n'y soient obligés que subsidiairement, et pour des personnes dans la dernière misère : on peut voir aux notes ci-après comment on peut succéder aux gens d'église, *sanctis et piis*, § *præstitores*, *cod. de episcop. et cleri. leg. generaliter authent. de heredis ab intest.*, § *si verò neque.*

(3) Tels que les professeurs de logique, de philosophie, de physique, *ff. de excus. tut. vel cur.*, *leg. si duas*, § 1, auxquels on peut joindre les professeurs de droit, qui ne jouissaient pourtant de ce privilége qu'à Rome, *ut ff. de excus. tut. vel cur.*, *leg. sed. et reprobari*, § *fin. et* § *penult.*, à moins qu'ils ne fussent du conseil du prince, *ff. de excus. tut. vel cur.*, *leg. jurisperitos*; autrement, ceux qui n'étaient pas du nombre déterminé, ou ceux qui exerçaient loin de leur patrie, étaient exclus de ce privilége; à moins qu'ils n'eussent une grande réputation, *ff. de excus. tut. vel cur.*, *leg. sed. et reprobari*, § *amplius* : réputation qui donnait aussi aux philosophes le même privilége, *ut dicto* § *amplius.* Ceux qui enseignaient les sciences *triviales*, comme les maîtres de musique, d'astronomie, de géométrie, d'arithmétique, etc., ne jouissaient pas de ce privilége.

leg. nemo ff. de exceptionibus, pourvu que ce soit dans le tems déterminé au § suivant.

§ XVII. Il y a un délai fixé pour ceux qui veulent donner des excuses, dans lequel elles doivent être proposées, sans pouvoir appeler de la dation de tutelle, comme on faisait autrefois pour cela, ainsi que cet ancien usage semble se reproduire dans certaines lois (1); mais il a été entièrement abrogé par l'ordonnance de l'empereur *Marc*, portant que les excuses ne se proposeront plus par voie d'appel, mais devant le juge de la nomination, permettant seulement de recourir à l'appel dans le cas où les excuses seraient rejetées, *leg.* 1, § *si quis tutor*, *ff. quando appellandum sit*; quoiqu'il en soit autrement des autres charges, comme le *décurionat* et le *décemvirat*, pour lesquelles on peut appeler de la dation même, *cod. de appell. leg. hi qui cod. de temp. et repar. app.*, *leg.* 1, *et cod. de decur. leg.* 2. Le délai pour proposer ses excuses (2) est de *cinquante jours continus* pour ceux qui sont distans de *cent milles* ou moins du lieu où ils ont été nommés tuteurs, à compter du tems seulement où la nomination est venue à leur connaissance (3). Le délai est toujours le même, de quelque manière que la tutelle soit déférée, c'est-à-dire, qu'elle soit testamentaire, légitime (4) ou dative, *ut inf. de suspectis tut. vel cur.*, § 20; mais si on est distant de plus de *cent*

(1) *Leg.* 17, § *tutor*, *ff. de appell. et relat.*, *leg.* 20, *ff. de admin. et peric. tut.*, *leg.* 2ª., *ff. si tut. vel cur.* Mais, toutes ces lois tiennent de l'ancienne jurisprudence, réformée par l'ordonnance de l'empereur Marc, ainsi qu'il en est parlé en la loi 1re. *du ff. si quis tutor*, *tit. quando appellandum sit.*

(2) On doit, non-seulement dans les cinquante jours, proposer les excuses, en les rédigeant par écrit, et en les faisant signifier libellées, *ut ff. de excus. tut. vel cur.*, *leg. scire oportet*, § *oportet autem*, mais encore il faut prouver que l'excuse est légitime, *ut ff. de excus. tut. vel cur. leg. excusare.*

(3) On est toujours présumé n'en avoir pas eu connaissance, si on n'a la preuve du contraire, *ff. de admin. tut.*, *leg. hoc autem et cod. qui mili. possunt et non poss.*, *leg. super servis in glosa et ff. de prob.*, *leg. verius et ff. juris et facti ignorantia*, *leg. regula.*

(4) Cujas, sur la loi 23, *ff. hoc tit.*, prétend que les tuteurs légitimes ne peuvent pas s'excuser, parce qu'ils n'ont pas été donnés conformément à loi 5, *ff. de leg. tut.* Il est dans l'erreur; car il y a plusieurs textes contraires, *ut lex si sororis cod. qui dat*, *leg. si frater cod. hoc tit.*, *leg.* 12. 4ª. *et cod. de leg. tut.*, *leg.* 1ª., § *quæri*, *ff. eod. et novell.* 118, *chap.* 5.

milles,

milles, on commence d'abord à donner un jour pour chaque *vingt milles* pour arriver au lieu qu'habite le tuteur, et ensuite trente jours pour proposer les excuses; ce qui doit pourtant s'entendre de cette manière, que s'il résulte du jour donné pour chaque vingt milles et des trente jours pour proposer des excuses, un délai moindre que cinquante jours, on peut alors renoncer au bénéfice de la loi et prendre les cinquante jours entiers, parce que ce bénéfice n'est accordé qu'à cause du plus grand éloignement, et au cas que les jours donnés pour chaque *vingt milles*, et les trente donnés au-delà pour s'excuser, fissent plus de cinquante jours; n'étant pas juste, ainsi que le pense *Scævola*, que celui qui est éloigné se trouve dans une pire condition que celui qui habite près du lieu où la tutelle a été déférée; ce qui pourrait arriver, par exemple, dans le cas où le tuteur serait éloigné de plus de *cent vingt milles*. On commencerait d'abord par prendre pour les *cent milles*, *cinq jours*, *cinq fois vingt faisant cent*; puis un jour pour *les vingt milles*, puis un autre jour pour *le plus*, quand même il n'y aurait qu'un quart de mille au-delà des *cent vingt*, qu'on devrait réduire au moindre délai qui peut se donner, c'est-à-dire, à un jour; tous ces délais réunis donnent *sept jours entiers* qui, joints aux *trente* pour proposer l'excuse, ne donneraient au plus que *trente-sept jours*; tandis que le tuteur, moins éloigné, jouirait de *cinquante*.

§ XVIII. Un tuteur simplement nommé, est tenu de l'administration de l'entier patrimoine du pupille, quand même il se trouverait avoir des héritages dans différentes provinces éloignées du lieu de son habitation. Si cependant il ne voulait point demeurer chargé de la tutelle, il serait obligé de proposer son excuse, fondée sur les motifs de l'éloignement.

§ XIX. Après avoir administré en qualité de tuteur, jusqu'à ce que l'adulte soit devenu pubère, époque à laquelle la tutelle prend fin, on ne peut être contraint d'administrer ensuite en qualité de curateur (1).

---

(1) *Cod. de excus. tut. vel cur.*, *leg. curator.* Il n'en est pas de même des affranchis, qui peuvent être contraints de servir de tuteurs et de curateurs aux enfans des patrons, *cod. de excus. tut. vel cur.*; savoir, ceux qui ont été affranchis volontairement par le pa-

[illegible] une chose si certaine, que les mêmes que le père de famille aurait pu par son testament ou nommer à la tutelle de ses enfants) déclare qu'il n'aurait aussi le donner à la curatelle, il ne pourrait en être ainsi, parce que ces sortes de charges, étant fort onéreuses, il serait injuste qu'on eût la liberté de les perpétuer sur la même tête, ce qui est conforme au rescrit des empereurs Sévère et Antonin.

§ XX. Les mêmes empereurs ont voulu que, même lorsqu'un mari aurait commencé l'administration des biens de sa femme en qualité de curateur, il eût la liberté de proposer son excuse [illegible]; liberté que n'aurait point un autre, parce qu'on est censé avoir renoncé à s'excuser en s'immisçant dans l'administration, leg. 11, cod. si cui ne cur. fuit, et quod si ex fide all., leg. 1 et 3.

§ XXI. On ne peut, par des raisons fausses et supposées, se faire décharger de la tutelle ou curatelle sans encourir un grand risque; car, par exemple, si un habitant de la ville de Rome soutient, pour s'excuser, qu'il est père de trois enfants, et qu'il en soit ainsi déclaré par serment; si dans la suite on vient à prouver qu'il avait induit le juge en erreur, et qu'il n'avait, lors de sa déclaration, que deux enfants, il est tenu de l'administration de la tutelle ou curatelle, quoique elle lui eût été donnée par un autre depuis le jour de sa nomination, cod. si falso nec cur. fuit, adeg. leg. 1; de quoi a bien voulu même le juge se servir pour obliger le tuteur, à démontrer une excuse vraie, sans

---

[illegible]

son sexe dans le cas où il y en aurait, ainsi qu'il est expliqué dans les articles 329 et 330 ci-après.

CODE CIVIL

LIVRE PREMIER

Titre I. — La cruelle est une charge publique : tout citoyen qui a pu l'éviter légitimement, est coupable de l'attentat. Chez les Romains, les enfants ne pouvaient être proposés dans le jeu de cruauté pour combattre, à moins qu'on ne leur eût préalablement fait subir la mutilation. Parmi nous, il ne paraît soumis à la cruelle est présenté à la délibération du conseil de famille, il doit, sous peine d'être déclaré non-recevable, proposer un remplaçant, s'il en a, (art. 1781), dans le cas où il n'aurait pas voulu à la délibération, il doit, dans les cinq jours, sous la même peine d'être déclaré non-recevable, convoquer le conseil de famille, qui décide si ses excuses, (art. 1782). L'enfant à Rome devait avoir certains points pour être exempt de la cruelle : dans le Latium, il était nécessaire d'en avoir quatre, et dans les provinces, il fallait en avoir cinq : en France, cette distinction n'a pas été admise. Le nombre de huit enfants légitimes et vivants, mâles dans l'ancienne législation, indistinctement pour exempter de toute cruelle autre que celle de ses propres enfants. (Art. 1781.)

A Rome, les enfants adoptifs ne comptaient pas pour exempter de la cruelle. Il en est de même parmi nous : ils sont regardés comme étrangers à leurs, et ce privilège n'est accordé qu'aux pères qui ont le plus contribué à augmenter la population et à donner des enfants à la patrie.

Par le droit romain, les enfants morts à l'armée étaient considérés comme vivants, et comptaient pour exempter de la cruelle : le principe est consacré dans notre législation : les enfants morts en activité de service militaire à leur gré pour jouir de l'exemption, (art. 1781), les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils seront représentés par d'autres enfants actuellement existants, (art. 1781).

On nous a proposé la question de savoir si l'enfant mort à l'époque

de la nomination compterait au père ; nous nous sommes décidés pour la négative, et notre décision est basée sur la loi 231, *de verborum significatione*, *sur la loi 7*, *ff. de statu hominum*, et sur cette disposition de notre Code, qui porte que la survenance d'enfans ne pourra autoriser à abdiquer la tutelle. (Art. 437.)

L'absence *reipublicæ causâ*, est parmi nous une excuse légitime, comme elle l'était chez les Romains ; il n'était pas en effet équitable que celui qui sacrifiait son tems au service de sa patrie, eût à exercer à-la-fois, et dans deux pays, souvent très-éloignés, deux charges publiques, (art. 428) ; les militaires sont de ce nombre.

Chez les Romains, les juges des tribunaux, les conseillers du prince et autres revêtus des principales dignités, étaient exempts de la tutelle : en France, les préfets, les sénateurs, les tribuns, les législateurs, les juges de la cour de cassation, les procureurs-impériaux qui y sont attachés, et les commissaires à la comptabilité nationale, sont aussi exempts de la tutelle ; les soins qu'exige l'exercice de leurs fonctions nuiraient à l'administration des biens et de la personne des pupilles. (Art. 427.)

Par le droit romain, celui qui avait géré trois tutelles, pouvait s'excuser de la quatrième ; nous n'avons pas porté la rigueur si loin, il suffira d'en avoir géré deux pour se dispenser d'une troisième. (Art. 435.)

A l'âge de *soixante-dix ans*, les romains étaient valablement excusés de la tutelle ; mais ils ne pouvaient s'en faire décharger, s'ils avaient acquis cet âge depuis leur nomination. En France, on a voulu, par honneur et par égard pour la vieillesse, que l'individu, âgé de *soixante-cinq ans* accomplis, eût le droit de refuser la tutelle ; et dans le cas où il eût été nommé avant cet âge, il eût la faculté de s'en faire décharger au dernier jour de sa *soixante-dixième année*.

Une infirmité grave est parmi nous une excuse légitime, lors même qu'elle n'est survenue que depuis la dation de tutelle ; elle suffit pour en obtenir la décharge, (art. 434.) Celui qui souffre habituellement est peu propre à donner ses soins à des affaires étrangères ; son existence est un fardeau pour lui ; pourquoi l'assujétir, et la lui rendre plus dou-

loureuse encore? pourquoi le charger des affaires d'autrui, alors qu'il ne peut vaquer aux siennes?

L'extrême pauvreté, l'inimitié, l'ignorance, la profession des arts libéraux, ne sont pas considérées par notre Code comme des excuses légitimes; nous pensons cependant que dans la plupart de ces cas, après une exacte inquisition, l'on pourrait y avoir quelque égard.

TITRE XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

C'est par la loi des douze tables que fut introduite l'action contre les tuteurs et curateurs pour crime de suspicion ; comme c'est un délit privé, *id est*, qu'il ne regarde que l'intérêt des particuliers, il est permis de prendre la voie ordinaire ou extraordinaire, ce qui est la même chose ou la voie criminelle. Par la voie civile, on ne poursuit que les dommages pécuniaires; par la voie criminelle, on poursuit des peines afflictives et infamantes, et non des dommages-intérêts, *leg.* 3, *ff. de privatis delictis jure gallicano.* On ne peut poursuivre et conclure que pour dommages-intérêts; on peut seulement interpeller les gens du roi pour la peine; si l'accusateur est convaincu de calomnie, il est déclaré infâme.

§ Ier. Il n'appartenait qu'à certains magistrats de prendre connaissance du crime de suspicion, et de priver de leurs charges les tuteurs ou curateurs qui en étaient convaincus, comme le préteur à Rome, les gouverneurs dans les provinces, et le légat du proconsul (1).

(1) Le proconsul (étymologie *missus procul*) était un des consuls préposés à Rome pour aller dans les provinces exercer la justice. Il avait en même-tems plusieurs délégués qui connaissaient des affaires dont il ne pouvait lui-même prendre connaissance, soit parce qu'il était retenu à Rome, soit parce qu'il ne lui était pas possible de juger tous les différends, à cause du grand nombre d'affaires, *ut ff. toto tit. de officio proconsulis et legati.* Les délégués ne pouvaient rendre de sentence, parce qu'ils n'avaient point de jurisdiction, ou que celle qui leur était abandonnée, était fort modique, comme *captio pignoris*, *corporis detentio.* Ils prenaient seulement une ample connaissance de l'affaire, dont ils faisaient le rapport au proconsul, qui n'avait lui-même d'autorité que hors la ville de Rome, *ut ff. de officio procons. et leg. ultima.* Cependant, pour l'utilité des pupilles et des mineurs, il fut dans la suite permis aux délégués de connaître entièrement du crime de suspicion, *leg.* 4, *ff. de officio ejus cui mand. est jurisd.*

§ II. Après avoir connu les juges devant qui on peut porter l'action contre les tuteurs suspects, il faut savoir maintenant quels sont ceux qu'on peut poursuivre comme tels.

Cette espèce d'accusation peut être décernée contre toutes sortes de tuteurs sans distinction, ainsi que contre les curateurs, *ut ff. eod. leg.* 3, § *non tantum et* § 7, *et si quis*, c'est-à-dire, soit qu'ils aient été nommés par le testateur, par le juge ou par la loi, avec cette modification, que si c'est un patron qui soit tuteur de son affranchi, il faut, par égard, ménager sa réputation (1), c'est-à-dire, qu'on peut bien le dépouiller de sa charge, mais qu'on ne peut le déclarer infâme, comme cela se pratique vis-à-vis des autres.

§. III. Il est maintenant à propos de savoir quels sont ceux qui peuvent former cette accusation.

Ce crime étant presque public (2), tout le monde peut déférer le coupable à la justice, même les femmes, encore qu'elles soient elles-mêmes de mauvaise vie, *ut in glosâ*, et quoiqu'elles soient exclues de toute autre accusation (3); ce qui doit s'entendre seulement de celles que les liens du sang ou de l'amitié engagent à prendre les intérêts du pupille, comme la mère, la nourrice, l'aïeule, la sœur. Le préteur doit même recevoir l'accusation des autres parens et des étrangers, si

---

(1) Quoique le condamné, pour dol, devienne aussi-tôt infâme, *ut sup. hoc tit.* §°. *suspectus autem*, on peut néanmoins ménager sa réputation, en n'exprimant point, dans la sentence, la cause de la condamnation, *ut ff. eodem*, *leg. hæc enim in ppio.* On pourrait demander encore si la sentence ne devra point, dans ce cas, se rapporter aux libelles des parties, dans lesquels tous les faits se trouvent exposés, *ut ff. comm. divid. leg.*, *ut fundus*, *et ff. de re jud.*, *leg. aït prætor*, § 10. On peut répondre que l'affranchi ne doit employer, dans ses libelles contre son patron, que des termes modérés et honnêtes.

(2) L'on dit *presque public*, parce que ce délit ne descend pas, comme les délits proprement publics, des édits donnés expressément à ce sujet, comme on le voit au titre *de publicis judiciis*, *inf.*, *liv.* 4; mais qu'il descend de la loi *des douze tables;* il a beaucoup de la publicité des autres, quoiqu'il n'intéresse que des particuliers, en ce qu'il est permis à tout le monde de s'en rendre accusateur : ce qui a été introduit en considération de l'âge et de la faiblesse du pupille.

(3) Les empereurs *Antonin* et *Sévère* l'ont ainsi décidé par divers rescrits.

d'ailleurs ils paraissent guidés par l'affection, et qu'ils n'aient en vue que l'avantage du pupille. Les femmes même, quoique totalement étrangères, peuvent intenter une pareille accusation, si toutefois elles n'y sont portées que par la piété, et que, sans passer les bornes que la pudeur exige de leur sexe, elles n'ont d'autre motif que d'empêcher le préjudice que pourraient souffrir plus long-temps les intérêts du pupille, *ut ff. de posthul. leg.* 1a., §. *sexum*, *et leg. pietatis*, *cod. de susp. tut. vel cur.*

§. IV. Quoique les impubères ne puissent poursuivre leurs tuteurs comme suspects, les empereurs *Sévère* et *Antonin* en ont voulu donner le pouvoir aux pubères contre leurs curateurs, *ut de ff. in litem vocando*, *leg.* 4a §. *adolescens*, pourvu qu'ils procèdent de l'avis de leurs proches parens.

§. V. La fortune dont jouirait le tuteur nommé, quelque brillante qu'elle fût, ne le mettrait point à l'abri d'être poursuivi comme suspect, si l'on appercevait du dol ou de la mauvaise foi dans son administration; tel est le sentiment de *Julien*. Ce même jurisconsulte a pensé aussi, qu'un tuteur pouvait être dépouillé de sa charge comme suspect, avant d'avoir commencé l'exercice de ses fonctions. Le motif de suspicion pris de cela seul qu'il n'avait pas encore commencé sa gestion, c'est ce qui a donné lieu *à la constitution, au code leg.* 3a. *de susp., tut. et cur.*

§. VI. Il y a de la différence entre celui qui est dépouillé pour quelque dol mentionné en la sentence, et celui qui est dépouillé pour quelque faute. Dans le premier cas, le tuteur encourt l'infamie; dans le second cas, il ne l'encourt point, sa faute fût-elle même grave, *latâ culpâ*, ce qui est comparé au dol dans plusieurs cas, *ut ff. eod. leg. impub. § si fraus*; *ff. si mensor. fal. mod. dixerit lege* 1a., §. *hœc actio ff. de præca. leg. quœsitum*, §. *cum quoque et ff. depositi leg. quod nerva*, on pourrait seulement l'assimiler au dol, quant à la peine pécuniaire; comme pour les crimes publics, *leg* 7, *ad leg. Cornell. de sicariis*, et pour le serment *in litem*, *leg.* 5, *ff. de in litem jurando.*

§. VII. Tant que dure l'instance engagée contre le tuteur pour le convaincre

convaincre de suspicion, on se conforme en cela au sentiment de *Papinien*, qui veut qu'il demeure interdit de toutes fonctions, jusqu'à ce qu'il soit rendu sentence définitive.

§. VIII. Mais comme en poursuivant ainsi le tuteur, on n'a d'autre motif que de le faire dépouiller de sa charge, ces poursuites doivent cesser s'il vient à mourir dans le cours de l'instance, ou si la tutelle vient à prendre fin de quelqu'autre manière, *ut leg. penult. ff. eod.*, il ne reste alors d'autre voie que l'action de tutelle contre les héritiers, ou contre le tuteur. (1)

§. IX. Le refus d'alimens, fait par le tuteur au pupille, est un sujet de suspicion assez grand pour l'exclure de sa charge, en sorte même que si, étant poursuivi, il se cache et refuse de comparaître devant le juge pour s'y voir condamner, le pupille doit être mis en possession de ses biens, et on lui donne seulement un curateur pour veiller à la vente de ceux qui pourraient dépérir : ainsi l'ont décidé les empereurs *Antonin* et *Sévère*.

§. X. Si le tuteur comparaît devant le juge, et prétend que les facultés du pupille ne lui permettent pas de fournir les alimens qu'il demande, il faut alors distinguer; ou la chose est vraie, ou elle est fausse; dans le premier cas, le tuteur ne peut être condamné à faire des avances à ses propres dépens, *ff. ubi pupill. edu. de leg.* 3°., §. *final.*; dans le second, au contraire, on le livre au préfet de la ville, qui décerne contre lui une peine toujours plus forte que celle réservée aux tuteurs convaincus de suspicion. On en use de même contre ceux qui subornent avec de l'argent, les officiaux ou ministres, *ff. de offic. praef. urbi leg.* 1ª., § *solent ad praef.*, les préteurs et autres,

---

(1) Le jugement rendu contre le tuteur qu'on poursuit, *actione tutelæ*, après que la tutelle a pris fin, le rend également infâme, s'il vient à être convaincu de dol.

On ne peut employer *actio suspecti*, que pendant la durée de la tutelle : ce n'est qu'après que la tutelle a pris fin, qu'on emploie *actio tutelæ*.

chargés de prendre des informations touchant la vie, les mœurs et facultés des tuteurs.

§. XI. On renvoie pardevant le préfet de la ville, l'affranchi qui est convaincu d'avoir frauduleusement administré la tutelle des fils ou des petits-fils de son patron; auquel cas il peut être déclaré coupable d'ingratitude, et condamné comme tel à rentrer en servitude; *cod. de libertis et eor. lib. leg.* 1a., 2a., 3a.

§. XII. Nous observerons en finissant, que les tuteurs ou les curateurs qui ont administré avec fraude ne sauraient, en offrant de cautionner, se mettre à l'abri d'être poursuivis comme suspects, et d'être, à cet effet, démis de leurs charges; car il pourrait arriver que si leur caution était reçue, bien loin de changer leur conduite, ils s'y maintiendraient au contraire avec d'autant plus d'audace, qu'ils auraient plus long-tems la liberté d'abuser de leurs pouvoirs. Il est prudent, d'ailleurs, d'écarter de toute administration les individus reconnus une fois peu fidèles; aisément ils ne se départent pas de leur penchant à mal faire. On est fondé à les croire toujours prêts à récidiver, et à penser qu'ils ne prendraient aux intérêts des mineurs qu'un soin apparent, ne fût-ce que par ressentiment pour l'affront reçu; il en résulterait donc toujours pour ces derniers un désavantage, qu'il est sage de prévenir; *argumento legis* 3a., *ff. de compens. cod. in quibus causis res sit in integ leg. ult. verbo melius etenim intacta jura servari, etc. et leg.* 1a., *cod. quando licet unicuique, sine jud. verbo melius est enim occurrere, etc.*

§ XIII. Les facultés modiques que pourraient avoir le tuteur ou curateur à l'égard des biens immenses des mineurs, ne sauraient servir de motif pour les faire regarder comme suspects (1) et les dépouiller, par cette raison, de leurs charges quoique cependant ce soit en leur faveur un moyen d'excuse, *suprà tit. de excus. tut. vel cur.*, §. *sed et prop.*, pourvu

(1) Il n'en est pas d'un héritier comme d'un tuteur; car le premier est regardé comme suspect à l'égard des créanciers du défunt, par la raison unique qu'il est pauvre; et ils peuvent, par cette raison, en connaissance de cause, l'obliger à donner caution, *ff. de privileg. cred. leg. si creditores.*

que d'ailleurs on puisse compter sur leur fidélité et leur diligence dans les affaires; on pourrait tout au plus leur associer un curateur, s'ils étaient si pauvres qu'il y eût quelque risque pour le patrimoine du pupille, *sup. de cur.*, § *interdùm et cod. de susp. tut. vel cur.*, *leg. pietatis, verbo quod si nihil in fraudem.*

On ne regarde ordinairement comme suspects, que ceux qui, par leur vie déréglée ou par de mauvaises mœurs, donnent lieu à les croire tels; ou enfin ceux qui emploient la ruse ou la fraude, dans leur manière d'administrer.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 14. Chez les Romains, toutes personnes, même les femmes, pouvaient intenter une action contre les tuteurs suspects. Parmi nous, nul n'a ce droit que le juge de paix d'office, ou le subrogé tuteur, (art. 446.)

Le préteur, à Rome, et dans les provinces, les gouverneurs, connaissaient de cette accusation; en France, la connaissance en appartient exclusivement au conseil de famille, présidé par le juge de paix du domicile, lequel motive sa délibération, et ne la rend qu'après avoir appelé le tuteur prévenu de suspicion (art 447). Cette délibération est même sujette à l'homologation du tribunal de première instance, qui fait droit aux parties, sauf l'appel, (art. 442.)

Par le droit romain, celui qui administrait mal la tutelle, était déclaré suspect, quand bien même il eût été solvable. Parmi nous, les gens d'une inconduite notoire et ceux dont la gestion attesterait l'infidélité, sont aussi exclus de la tutelle, et destituables, s'ils sont en exercice, (art. 444.)

A Rome, l'effet de l'accusation suspendait les pouvoirs du tuteur; il

en est de même parmi nous. Ne serait-il pas imprudent de laisser administrer, pendant le procès, celui que le conseil de famille aurait déclaré suspect, et de laisser le mineur sans défense, sous l'autorité d'un homme qu'il ne devrait plus traiter en père, mais en ennemi?

FIN DU PREMIER LIVRE.

L'ESPRIT DES INSTITUTES

DE

L'EMPEREUR JUSTINIEN.

LIVRE II.

TITRE PREMIER.

DE RERUM DIVISIONE ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de ce qui concerne les personnes : nous verrons maintenant ce qui concerne les choses (1).

Cette matière souffre plusieurs divisions : parmi les choses, les unes sont dans le commerce des hommes, les autres n'y sont pas. Les premières sont toutes les choses profanes (2) : c'est ce qui regarde le droit humain Les secondes sont les choses sacrées, religieuses et saintes : c'est ce qui regarde le droit divin, *leg.* 1ª., *ff. hoc tit.*

Dans le premier âge, tout était commun parmi les hommes ; le tien et le mien étaient inconnus : guidé par la simple nature, chacun prenait au hazard ce qui lui était nécessaire pour ses besoins, et ne connaissait de lois que celles qu'il tenait de la raison naturelle, comme la

(1) L'on doit entendre ici par *choses*, tout ce qui est distinct des personnes et des actions.

(2) Les jurisconsultes distinguent *res* du mot *pecunia ; res* a une dénomination plus étendue ; ce mot comprend tout ce qui est dans notre patrimoine, et tout ce qui est de nature à pouvoir y entrer ; *pecunia* ne comprend que ce qui est réellement et actuellement dans notre patrimoine, *leg.* 5, *ff. de verb. signif.*

religion envers Dieu, l'amour de ses proches, de sa patrie, la foi des conventions, etc., etc. (1).

Les hommes perdirent bientôt de cette pureté de mœurs : l'ambition les égara ; le luxe introduit parmi eux, produisit la mollesse, et la mollesse enfanta les vices. La raison naturelle, qui avait jusqu'alors entretenu parmi les hommes la communauté des choses, pour éviter de plus grands maux, se départit de son ancienne rigueur, et permit les distinctions des choses : c'est alors qu'on s'assembla pour construire des villes, qu'on créa des empires et qu'on nomma des rois : chacun voulut avoir une portion de bien qui lui fût propre, qu'il fût même autorisé à défendre, en repoussant la force par la force. De-là, la guerre, la captivité, les servitudes (2) et les contrats qu'il fallut nécessairement introduire : c'est ce qu'on appelle droit des gens secondaire, qui ne conserve du premier, que ce qu'il aurait été impossible ou du moins bien difficile de changer, comme la communauté de la mer, de ses rivages : en vertu de ce droit, certaines choses demeurèrent communes ; d'autres devinrent seulement publiques ; d'autres furent propres à une universalité de personnes, comme à une ville ; d'autres, quoique remplissant leur objet, furent destinées à n'appartenir jamais à personne ; d'autres enfin, et c'est la plus grande partie, furent distribuées aux divers particuliers. Il fut introduit en leur faveur différens moyens d'acquérir ou de s'en procurer la propriété : ce qui fait la matière des choses qui sont dans le commerce et de celles qui n'y sont pas. Celles-ci composent le droit divin ; celles-là regardent le droit humain, également observé chez toutes les nations.

Ces différentes choses souffrent, les unes et les autres, plusieurs explications.

§ Ier. Les choses communes sont celles dont la propriété n'appartient à personne, mais dont tous les hommes ont l'usage et l'utilité par le droit naturel, comme l'air, les eaux pluviales, la mer et par conséquent ses rivages,

---

(1) C'est ce que l'on appelle *droit naturel* ou *droit des gens primitif*, *ut suprà*, *liv.* 1er. *tit.* 2e.

(2) *Voyez* ce que nous avons dit au *tit.* 2 *du liv.* 1er. § 1er *et* 2.

qui sont censés en faire partie ou accession, par le flux et reflux de ses eaux, qui les couvre presque toujours. Mais on doit observer que comme il est permis de construire des maisons de campagne ou autres édifices, de dresser des monumens (1) sur les bords de la mer; on ne peut y préjudicier ni les détruire, ni s'en servir à aucun usage, malgré celui qui les occupe, parce qu'ils ne sont plus communs, par le droit des gens, comme la mer, et qu'ils appartiennent alors, en vertu de ce droit, à celui qui, le premier, s'est emparé du sol pour y faire bâtir; comme toutes les choses qui deviennent, par le droit d'occupation, au pouvoir de celui qui, le premier, s'en est rendu maître; cependant, le sol de ces bâtimens rentre dans la communauté, par le droit de retour, dès qu'ils ont croulé et ne subsistent plus, *leg.* 6, *ff. de divis. rer. et qual.* et *leg.* 14, *ff. de acquis. rer. dominio.*

§ II. Les choses publiques sont celles dont la propriété appartient à un peuple, et dont l'usage appartient à chacun de ceux qui le composent; les grands chemins, les ports, les fleuves (2), peuvent être mis au nombre de ces choses; de-là vient qu'il est permis à chacun de pêcher (3), de naviguer et de mettre les vaisseaux dans le port à l'abri des ondées et débordemens.

§ III. Le rivage de la mer doit comprendre tout ce que couvrent les flux pendant qu'ils viennent s'y jeter avec le plus de force, comme dans la saison de l'hiver, *leg.* 86, *ff. de verb. signif.*

---

(1) On nomme *monument* une sorte d'édifice élevé à la mémoire de quelqu'un, sans qu'il y ait rien du corps de la personne à qui on veut rendre cet honneur; ce serait dans ce cas un sépulcre, *leg.* 2, *ff. de relig.*

(2) Nous n'entendons parler ici que des fleuves ou rivières qui ont une source qui coule toujours, et non des torrens et rivières non navigables, qui sont à sec presque toute l'année, et dans le lit desquels il n'y a de l'eau que pendant les pluies abondantes, *leg.* 1a. *ff. de fluviis.*

(3) L'on peut pourtant prescrire ce droit; il peut même y être dérogé par rescrit du prince: car si l'on a usé du droit de pêche exclusivement à tout autre dans une partie d'un fleuve, pendant trente ou quarante années, c'est un titre pour empêcher les autres d'y faire la pêche, *ff. de diver. lit. temp. præ leg. quisquam*; ainsi que si l'on a obtenu du prince ce privilége, *cod. de fund. pet. leg. fin.*

§ IV. Les bords des fleuves, pour ce qui concerne l'usage, sont aussi publics que les fleuves mêmes ; ils ne diffèrent que quant à la propriété, parce que la propriété des fleuves appartient à tout un peuple (1) ; au lieu que la propriété des rivages appartient aux particuliers qui y ont des possessions attenantes C'est pourquoi les arbres et autres choses qui pourraient y venir, leur sont propres exclusivement à tous autres; mais comme l'usage de ces bords est public par le droit des gens, *leg.* 1ª, *ff.* § *quod si toto*, il s'en suit qu'il doit être libre à chacun d'attacher aux arbres les cables d'un vaisseau, d'y décharger l'entier équipage, de retirer les filets de l'eau, de les y étendre, tout ainsi et de la même manière qu'il leur est permis de naviguer, pêcher, etc., sur ce même fleuve, *leg.* 5, *ff. de divis. rer. et qual.*

§ V. Les rivages de la mer sont aussi publics (2), par le droit des gens, que les bords des fleuves; quoiqu'ils ne diffèrent presque pas (3) quant à l'usage, ils diffèrent totalement quant à la propriété, parce que ceux-ci appartiennent à ceux qui y ont des possessions attenantes, et que ceux-là, pour mieux s'exprimer, n'appartiennent à personne en particulier, et appartiennent à tout le monde en général, comme la mer;

---

(1) En sorte que si on bâtissait au milieu d'un fleuve, l'édifice appartiendrait à tout le peuple, à moins que ce ne fût par autorité publique qu'il eût été construit: si au contraire on bâtissait sur le bord d'un fleuve, l'édifice appartiendrait à celui qui y aurait des possessions attenantes.

(2) On dit ici *publics*, quoiqu'il soit dit au § 1er. ci-dessus *communs*, par la raison que tout ce qui est *commun* est *public*.

(3) Nous disons *presque*, parce que l'usage des bords des fleuves, diffère en quelque façon de l'usage du rivage de la mer; car l'usage des bords des fleuves doit se restreindre seulement aux seuls besoins que peut produire l'usage du fleuve, comme la navigation, la pêche, etc.; au lieu que l'usage du rivage de la mer n'éprouve aucune restriction, puisqu'il est permis d'y bâtir et de l'occuper pour toutes sortes d'usages, la propriété n'en appartenant à personne : cette différence dans la propriété du bord des fleuves et du rivage de la mer, provient de ce que les bords des fleuves peuvent être d'une grande utilité et produire de grands avantages, dès qu'ils sont continuellement à sec, à moins d'inondations extraordinaires; au lieu que le rivage de la mer étant presque toujours couvert par les marées, l'avantage ne pourrait être que bien médiocre ; il y a lieu de croire que c'est cette médiocrité qui a déterminé le législateur à laisser le rivage de la mer dans le premier état des choses, c'est-à-dire ainsi qu'il était par le droit naturel.

de-là vient la liberté que chacun a d'y bâtir, et par conséquent de retirer les filets pour les faire sécher.

§ VI. Les choses appartenantes à une universalité de personnes sont celles dont la propriété regarde un corps, un collége, une communauté ou une ville, et dont l'usage appartient à chaque particulier qui les compose, comme les théâtres, les lieux destinés pour les jeux des courses, *leg. 6, § 1, ff. hoc tit.* et autres choses semblables, ainsi communes aux habitans des villes; par exemple, les bains publics, les temples, les places publiques, les fontaines, le lieu où se rend la justice (1), etc.

§ VII. Les choses qui n'appartiennent à personne, sont celles qui ont appartenu ou qui auraient pu appartenir à quelqu'un; mais qui, par la disposition et volonté des hommes, sont hors du commerce, et consacrées à la religion, par respect pour l'humanité, et à l'usage des sacrifices que l'on fait à la Divinité dans l'assemblée des fidèles pour célébrer son saint nom et ses louanges; on les divise en choses sacrées, saintes et religieuses; c'est ce qui regarde le droit Divin.

§ VIII. On répute chose sacrée celle que les pontifes, c'est-à-dire, le pape ou les évêques (2) ont solennellement consacrée à Dieu, comme les temples bâtis en son honneur, le cimetière, les encensoirs, les croix, les calices, les ornemens et autres choses données pour son service. Par la constitution au *cod. de sacrosanct. eccles.*, *leg. sancimus*, il a été défendu d'aliéner ni hypothéquer ces choses, à moins d'une grande nécessité, comme pour racheter les captifs, *nov.* 120, *chap.* 9; pour alimenter les pauvres dans le cas d'une famine publique, *leg.* 21, *cod. de sacrosanct. eccl.*, et pour acquitter les dettes de l'église, *nov.* 120,

---

(1) Les choses appartenantes à une universalité de personnes, présentent entre elles de la différence; les unes sont universelles quant à la propriété, et particulières quant à l'usage, comme les théâtres, les bains publics; d'autres sont universelles, et quant à la propriété et quant à l'usage; par exemple, un esclave appartenant à une ville, *leg.* 6, § 1er. *ff. hoc tit.*

(2) Les princes, les empereurs étant autrefois des prêtres, avaient aussi le droit de consacrer, et même celui de permettre ou d'ordonner la consécration d'un lieu, *leg.* 9, § 1er. *hoc tit.*

chap. 10, *auth. praeterea, cod. de sacrosanct. eccl.* (1). C'est en vain que quelqu'un voudrait, de son autorité privée, avoir chez lui pour sa satisfaction particulière une chose sacrée ; elle n'en serait pas moins profane (2) ; mais lorsqu'une chose a été sacrée, la religion lui a imprimé un si fort caractère, que, suivant le sentiment de *Papinien* (3), quoiqu'un temple s'écroule et tombe en ruines, le sol sur lequel il avait été bâti demeure toujours sacré (4).

§ IX. On appelle choses religieuses, les lieux que les particuliers consacrent volontairement, et par leur fait, à la religion, en les faisant servir aux sépultures : de-là vient qu'il est libre à chacun de rendre un lieu religieux, pourvu toutefois qu'il en ait totalement la propriété : ce qui exclut de se servir d'un fonds commun, où il n'y a jamais eu personne d'enseveli, contre la volonté de son copropriétaire ; on le peut cependant dans un sépulcre commun, malgré ceux qui y ont droit aussi. La raison de cette différence vient de ce que, dans le premier cas, on nuirait considérablement au copropriétaire, en le privant des pro-

---

(1) C'est ce qui demeure expliqué par ces vers :

Utilitas, incommoditas, pietasque necesse,
Res alienari permittunt ecclesiarum.

(2) Les anciens avaient pourtant chez eux des dieux pénates, qui étaient une chose sacrée ; mais ils avaient été solennellement consacrés par les pontifes : c'était ce qu'on appelait *sacra privata*, bien différente de celle qu'on appellait *sacra privatina constituta* ; que les particuliers consacraient de leur autorité ; c'était même un crime chez les Athéniens, *nefas apud Athenienses domi facere mysteria*, *Cornelius Nepos*, *Alcib. chap.* 3.

(3) *Vide* la loi 73. *ff. de contrah. empt.*

(4) Les choses sacrées cessent pourtant de l'être si elles viennent à être prises par les ennemis, *ff. de religios. leg. cum. loca* ; elles rentrent cependant dans leur premier état par le droit de retour, si elles reviennent à notre pouvoir. Il faut distinguer les choses sacrées d'avec les choses ecclésiastiques qui servent au culte de Dieu sans consécration : de-là vient qu'il est assez ordinaire qu'on les aliène, soit pour un tems, soit pour toujours, lorsque l'avantage de l'église s'y trouve, *leg.* 14, § 5, *leg.* 17, § 1er. *cod. de sacrosanct. eccl. nov.* 120, *chap.* 7, avec cependant les formalités qu'on observe dans la vente des biens appartenant aux mineurs, c'est-à-dire en connaissance de cause et en vertu d'un décret.

Nous observerons ici qu'un lieu sacré n'est autre chose qu'un lieu consacré, *sacrarium* est le lieu servant à tenir les choses sacrées, par exemple, une sacristie.

ductions d'un fonds, qu'il ne lui serait plus permis de cultiver, sous des peines graves, par respect pour la religion : dans le second cas, au contraire, on ne souffre aucune perte, parce qu'on n'emploie que ce qui est destiné à cet usage. La même raison de décider serait applicable dans le cas où le propriétaire, sans le consentement de l'usufruitier, voudrait rendre un lieu religieux; parce qu'il le frustrerait des fruits qu'il pourrait recueillir; à moins cependant que le testateur, en léguant l'usufruit, n'eût donné ce privilége à l'héritier, *ut ff. de religiosis, leg. secunda, § si usumfructum.*

A plus forte raison ne peut-on se servir, malgré le propriétaire, d'un fonds (1) sur lequel on n'a absolument aucun droit : dans tous ces cas, on encourt de grands dommages et intérêts; on ne peut se mettre à l'abri, qu'en obtenant, pour dernière ressource, après la sépulture, l'approbation de ceux qui ont droit au fonds; mais, quoi qu'il en soit, le lieu demeure toujours consacré à la religion.

§ X. Les choses saintes sont celles qui ne sont ni sacrées ni profanes, à la sûreté desquelles on a pourvu, en établissant des peines contre ceux qui oseraient y porter quelque atteinte, *leg. sanctum et leg. sacr., ff. hoc tit.* On compte parmi ces choses les murs et les portes d'une ville, qu'on a forcé de respecter, en infligeant la peine de mort aux infractaires, comme on le voit en la loi dernière, *ff. hoc tit.* : par une conséquence tirée de ce principe, on appelle *sanction* cette partie de la loi, qui porte des peines contre ceux qui n'observent point ce qu'elle prescrit, *leg. 5, cod. de leg. et const. principum*, comme celles de nullité dans les contrats.

§ XI. Il sera maintenant question des choses qui regardent les particuliers, qui font le plus étendu et le principal objet de nos lois : ce qui nous menera jusqu'au titre des actions du liv. 4.

Nous pouvons nous procurer la propriété des choses, par le droit naturel et par le droit civil : il n'est qu'une manière de l'acquérir par le droit naturel, qui est l'occupation dont il va être parlé jusqu'au tit. 6 *de*

(1) Le consentement une fois donné, on ne peut plus le rétracter, quand bien même ce serait avant la sépulture, *de aquâ pluviâ arcend. leg. in diem.*

usucapionibus. Il en est plusieurs, par le droit civil, comme l'usucapion, l'adrogation, la succession, la déportation, l'entrée au cloître, etc. Nous nous occuperons d'abord du droit naturel, dont l'origine remonte à celle du monde ; et immédiatement après, nous parlerons du droit civil, produit seulement et mis en usage lors de la construction des villes, de la création des magistrats, et de la rédaction des lois par écrit.

§ XII. C'est en vertu du droit des gens que les choses communes s'étendent aux bêtes sauvages, aux oiseaux, aux poissons, et généralement à tous les animaux de cette nature, qu'on voit dans les airs, sur la terre ou dans les eaux, et qu'elles nous appartiennent dès le premier moment que nous nous en sommes rendus les maîtres.

De-là vient qu'on peut poser en principe, que tout ce qui n'appartient directement ni indirectement à personne, et qui n'a aucune destination (1), devient la propriété de celui qui s'en empare, sans distinguer si c'est dans notre fonds ou dans celui d'autrui que nous nous en sommes rendus maîtres : cela ne porte aucune atteinte à la propriété ; mais le maître du fonds dans lequel on fait la chasse, a néanmoins le droit d'en défendre l'entrée à tout individu (2), *jure prohibitionis* : ce qui

(1) Nous disons *directement* ni *indirectement* à personne, et *qui n'a aucune destination*, parce qu'il faut considérer les choses qui n'appartiennent encore à personne, suivant la qualité qui leur est propre : on les distingue de sept manières ; 1°. elles n'appartiennent à personne, *naturâ*, comme dans l'espèce de ce § ; 2°. *facto*, par le fait des hommes, lorsqu'on a fait un entier abandon de quelque chose dans le dessein de ne plus la mettre au nombre de ce qui nous appartient ; 3°. *tempore*, par le tems, lorsqu'un trésor est resté caché un tems immémorial, sans qu'il soit possible de s'assurer à qui il appartient, auquel cas l'équité même exige que si on l'a trouvé dans le fonds d'autrui, la moitié en soit dévolue au propriétaire, *ut infrà*, § 39 ; 4°. *censurâ*, par la volonté et disposition des hommes, comme les choses sacrées, saintes et religieuses, *sup. eod.*, § 7 ; 5°. *casu*, lorsque par hasard une hérédité demeure vacante, soit que l'héritier ne veuille pas accepter ou qu'on ne sache point à qui elle doit être déférée, *sup. de stip. serv. in principio* ; 6°. *culpâ hominum*, si l'on a renvoyé un esclave malade, *ut cod. de lat. lib. toll. leg.* 5, *sed scimus* 85 ; 7°. *juris naturalis constitutione*, en vertu du droit naturel, comme un homme libre, *ut ff. de verborum oblig. leg. inter stipulantem* §. *falsam*.

(2) A moins que ce ne soit pour poursuivre un esclave fugitif, *cod. de serv. fug. leg.* 2, ou

alors

alors constitue le chasseur en mauvaise foi, et le rend encore plus coupable, *cod. de rei vindic, leg.* 17 *et* 22. Il faut pourtant observer que tout ce que nous prenons de sauvage, n'est réputé nous appartenir, qu'autant que nous l'avons en notre pouvoir et sous notre garde : car, si les oiseaux ou bêtes sauvages échappent et qu'ils recouvrent leur liberté naturelle, ils cessent d'être dans notre propriété, et rentrent dans l'ordre des choses communes.

Les oiseaux sauvages sont censés avoir recouvré leur liberté naturelle, dès qu'on les a perdus de vue, ou que les voyant encore, ce n'est que difficilement que l'on pourrait parvenir à les avoir, comme si on ne leur a pas coupé les ailes, et qu'ils soient aussi libres pour s'enfuir, que s'ils n'avaient jamais été pris.

§ XIII. C'est ce qui donna lieu à la consultation suivante : savoir, si une bête sauvage, blessée au point de pouvoir être prise, était censée appartenir aussi-tôt au chasseur. Les uns pensèrent qu'on devait le présumer ainsi, tant qu'il la poursuivait, et qu'il n'en perdait la propriété, qu'autant qu'il cessait de la poursuivre ; auquel cas elle retombait au pouvoir de celui à qui d'abord elle avait appartenu ; d'autres pensèrent au contraire qu'elle n'entrait dans la propriété du chasseur, qu'autant qu'il en avait fait la prise : ce dernier avis fut suivi et confirmé, *ut ff. de acq. rer. dominio, leg. in laqueum*, parce qu'il arrive très-souvent qu'on perd sa proie après l'avoir blessée, *cod. de prob. leg. neque natalis.*

§ XIV. Les abeilles étant aussi sauvages de leur nature, il s'en suit que, si elles se sont fixées sur un arbre qui vous appartient, elles ne seront censées être à vous, que lorsque vous les aurez enfermées dans une ruche ; car, autrement, vous n'en seriez pas plus le maître, que des oiseaux qui pourraient avoir fait leur nid sur un de vos arbres : c'est pourquoi si un autre, avant vous, s'en est emparé, il en devient le maître, *ut ff. de furt.*, ainsi que des rayons de miel qu'elles auraient

---

pour ramasser du gland tombé d'un chêne voisin, *ff. de gland. leg.* 1^a. ou pour retirer de l'argent qu'on avait caché, *ff. ad exhibend.* § *thesaurus*, ou pour retirer la vendange qu'on a achetée, *ut. ff. de act. empt. leg. qui pendentem.*

faits, et qu'il est libre d'emporter, *ff. de furt.* Il faut pourtant observer que le maître du fonds a le droit d'interdire cette liberté, pendant que les choses sont encore entières, avant que le chasseur ait mis le pied sur son domaine, ou qu'il ait rien emporté, *leg. injuriarum in fine*, *ff. de injuriis.* On suppose encore que, si un essaim d'abeilles quitte votre ruche et s'envole, ce n'est qu'autant que vous les poursuivez et que vous ne les avez pas perdues de vue, que vous en conservez la propriété; encore faut-il qu'il vous soit possible de les poursuivre, et qu'il ne soit pas trop difficile d'en faire la prise; car, autrement, elles deviendraient la propriété du premier occupant.

§ XV. Il est plusieurs espèces d'animaux qui, quoique naturellement sauvages, ont aussi l'instinct d'aller et de revenir, comme les abeilles dont nous venons de parler, les *paons*, les *pigeons*, les *cerfs*, qui, par une certaine habitude qu'ils contractent ou qu'on leur donne, vont et reviennent toujours dans une même forêt ou autre lieu : mais, comme ces animaux sont naturellement sauvages, on a établi, pour règle générale, qu'ils ne continuent d'être à nous, qu'autant qu'ils conservent l'instinct d'aller et de revenir; dès qu'ils cessent de l'avoir, ils cessent aussi de nous appartenir, et rentrent dans l'ordre des choses communes.

§ XVI. Parmi des animaux de même espèce et de même nom, il y en a qui sont privés par leur nature; d'autres qui demeurent sauvages. Les premiers, comme les *poules*, les *canards*, les *oies*, etc., ne cessent jamais de vous appartenir, quoiqu'ils aient été épouvantés, soit par le *milan*, le *loup*, ou autres animaux de cette espèce, qu'ils se soient envolés, et que vous les ayez perdus de vue, en quelque lieu qu'ils aient été ou qu'ils soient : on peut même poursuivre, comme coupable de larcin, celui qui les retient dans l'intention de se les approprier, *ff. de furtis*, *leg.* 1ª., *§ fin.*

§ XVII. La guerre, dérivant du droit des gens, c'est en vertu de ce droit que nous appartiennent toutes les prises que nous faisons sur les ennemis, au point que nous réduisons même en servitude les hommes jouissant et devant jouir d'une certaine liberté. Si cependant ils la recouvrent, et qu'ils reviennent dans leur patrie, ils rentrent, par le droit de retour, dans leurs premiers droits, comme s'ils ne l'eussent jamais quittée, *sup.*, *tit.* 12, *§ 5.*

§ XVIII. Le rivage de la mer étant dans l'ordre des choses communes, tout ce qu'on y trouve, soit pierres précieuses, diamans ou perles, doit appartenir, par le droit naturel, au premier occupant.

§ XIX. C'est aussi par la force du même droit que nous appartiennent tous les parts ou fruits qui peuvent provenir des animaux et des esclaves, *ut cod. de rei vind., leg. partum, et ff. de rei vind., leg. idem, Pomponius, § idem, scribit*, qui font partie de nos biens (1), comme étant une accession du principal ; il en est de même du possesseur de bonne foi et de l'usufruitier, quant aux animaux ; ainsi qu'on peut le voir au *ff. de acq. rer. dom. leg. bonâ fid., § fin.* : mais ils ne jouissent pas de cet avantage, quant aux esclaves, par la raison que nous donnerons ci-après, § 37.

§ XX. Il est aussi dans la nature des choses que, si mon champ s'agrandit par l'alluvion, j'acquiers la propriété de l'augmentation.

L'alluvion est un accroissement insensible, qui arrive lorsqu'un fleuve, en s'éloignant d'une de ses rives, ajoute imperceptiblement à mes possessions ; en sorte qu'il ne soit pas possible de distinguer en quel moment cela a été fait.

§ XXI. Mais, si l'impétuosité des eaux du fleuve entraîne une partie de votre fonds, en le transportant vers celui de votre voisin, il est évident que ce fonds ne cesse pas de vous appartenir, à moins qu'il ne soit demeuré assez long-tems inhérent au fonds de votre voisin, pour ne faire plus avec lui qu'un même corps, *ut de damno infect., leg. hoc amplius, § ita*, ou que les arbres qui ont été entraînés y aient poussé des racines ; auquel cas, et depuis ce tems, c'est une augmentation pour le fonds voisin.

§ XXII. La mer étant, comme nous l'avons déjà dit, du nombre des choses communes, il s'en suit que, si une île vient à s'élever au milieu des eaux, (chose pourtant fort rare) elle doit appartenir au premier occupant, comme n'étant censée jusqu'alors appartenir à personne : il

---

(1) C'est-à-dire qui sont *in dominio nostro* ; il y a une distinction à faire quant à ceux qui sont *in quasi dominio*, comme lorsqu'on n'est que possesseur de bonne foi ou usufruitier.

en serait autrement d'une île survenue au milieu d'un fleuve ; ce qui est assez ordinaire : dans ce cas, comme les fleuves sont publics, et que les propriétaires des héritages contigus ont beaucoup de dégâts à supporter par le débordement des eaux, il est juste aussi qu'ils profitent, exclusivement à tous autres, des avantages qui peuvent s'y trouver : c'est pourquoi si l'île survenue se rencontre précisément au milieu, elle devient commune aux riverains, qui possèdent des fonds de l'un et de l'autre bord, dont les prétentions doivent être fixées, par proportion de la largeur du terrain que chacun a le long du bord, en ne considérant que le front, c'est-à-dire, les extrémités du côté du bord, *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. insula in ppio.*; que si l'île est plus éloignée d'un bord que de l'autre, elle doit appartenir à ceux qui ont des possessions du côté du rivage qui en est le plus proche, par la raison que l'île, en arrêtant le cours des eaux, produira toujours un débordement plus considérable de ce côté que de l'autre ; mais qu'un fleuve vienne à se diviser, en supposant, par la partie supérieure ; qu'il se réunisse ensuite plus bas, et qu'il englobe dans cette division le champ d'un particulier, le propriétaire ne souffre que de la diminution du fonds, lequel, quelque peu qu'il en reste, ne cesse de lui appartenir.

§ XXIII. Comme les fleuves changent fort souvent de lit, nous déterminerons ce qui doit être statué dans cette hypothèse. En supposant que les eaux d'un fleuve, par une irruption subite, changent totalement de lit et coulent ailleurs, l'ancien lit du fleuve appartient à ceux qui ont des possessions le long du bord, à proportion de l'étendue des extrémités par lesquelles chaque champ y aboutit, et le nouveau lit entre dans l'ordre des choses publiques : si quelque tems après le fleuve reprend son premier lit, les possesseurs voisins du lit abandonné en deviennent les propriétaires, en observant la même proportion.

§ XXIV. Le cas est bien différent, lorsqu'il ne s'agit que d'une inondation, qui ne saurait produire aucun changement au fonds de terre, quant à l'espèce ni quant à la propriété, dès que le corps de la pièce existe toujours dans le même état, quoique couverte par les eaux ; la propriété n'en souffre point, puisqu'elle consiste sur un droit que rien n'empêche de conserver ; il est donc bien évident que tout doit

rentrer dans le premier état, aussitôt que les eaux se sont retirées, et rester au pouvoir de celui dont les droits ont toujours subsisté (1).

§ XXV. Il reste maintenant à savoir à qui doit appartenir une chose faite avec la matière ou matériaux d'autrui. Il faut généralement décider que si l'accessoire ne peut être séparé du principal, ou ne peut être remis au même état, il appartient à l'ouvrier qui en a fait un corps ou qui y a produit du changement : de-là vont dériver les exemples que nous allons donner : 1°. si quelqu'un a fait du vin, de l'huile, ou du froment, avec des raisins, des olives ou des épis appartenant à autrui ; ou qu'avec l'or ou l'argent d'autrui, il ait composé un vase précieux ; ou qu'avec du vin et du miel d'autrui, il ait fait du nectar ; ou qu'avec des remèdes d'autrui, il ait formé quelqu'emplâtre ou onguent ; ou qu'avec la laine d'autrui, il ait fabriqué une étoffe ; ou qu'avec les planches ou bois d'autrui, il ait construit un vaisseau ou toute autre chose : dans ces cas, *Justinien* prenant un juste milieu entre l'opinion des Sabiniens et celle des Proculéiens, dont les uns voulaient que le principal cédât à l'accessoire et les autres à l'ouvrier ; *Justinien*, dis-je, décida que si l'espèce pouvait être remise en matière et au même état qu'elle était, avant la main de l'ouvrier, elle devait revenir au véritable maître ; que si l'espèce ne pouvait être remise en matière et au même état, elle devait rester à l'ouvrier. Car un vase d'airain, d'argent ou d'or, peut bien reprendre la forme de la matière ; mais le vin, l'huile et le froment, ne peuvent reprendre la forme

---

(1) L'inondation interrompt pourtant les droits de l'usufruitier, parce que tout son droit consiste à jouir, et qu'il ne le peut tant que le fonds est couvert par les eaux, *ff. quibus mòd. usuf. amitt. leg. si ager*, et qu'il faut qu'il en attende l'écoulement pour rentrer dans ses droits, *leg.* 1ª. § *et si quis ff. de iti. actu quæ privat.*

La différence entre les droits résultans du changement de lit et de l'inondation, ne provient que de l'incertitude qu'il y aurait dans ceux-là d'attendre que le fleuve reprît son premier lit, et qu'étant lui-même public, il rend par conséquent public tout ce que couvre le cours naturel de ses eaux ; au lieu que quant à l'inondation, d'ailleurs peu fréquente et produite par une cause extraordinaire, étrangère au fleuve, par laquelle il perd son cours naturel, il est très-certain qu'elle ne sera que momentanée, parce que la cause venant des pluies abondantes et des neiges fondues, les effets doivent nécessairement cesser dès que les neiges seront fondues, ou que les pluies auront discontinué.

des raisins, des olives et des épis, ni le nectar reprendre la forme du vin et du miel.

Le cas devient bien moins douteux, lorsque l'on a formé l'espèce ou corps, partie de la matière d'autrui et partie de sa propre matière; comme si l'on a fait du nectar avec du vin à soi, et du miel appartenant à autrui, ou des médicamens de ses propres drogues, mêlées avec des drogues appartenant à autrui, ou de l'étoffe de sa propre laine, mêlée avec de la laine d'autrui, puisqu'on y est non-seulement pour sa peine, mais encore pour une partie de la matière. Dans cette hypothèse, l'ouvrier, au cas qu'il fût de bonne foi, serait seulement tenu de faire estimer la matière d'autrui et de la payer à sa juste valeur, *actione in factum*, *ff. de rei vindic.*, *leg. in rem*, § *item quaccumque*: dans le cas, au contraire, où l'ouvrier fût de mauvaise foi, et qu'il sût réellement que la matière ne lui appartenait pas, il ne saurait en acquérir la propriété par son travail, et le maître pourrait le contraindre à la restitution, sur le motif de sa mauvaise foi, *leg.* 12, § 3, *ff. ad exhib.*

§ XXVI. Une chose précieuse, jointe à une autre moins précieuse, ne fait pas que celle-ci doive céder à la première, à moins qu'elle ne soit l'objet principal du corps dont elle fait partie; car si, pour mettre un ornement à votre habit, vous le bordez d'écarlate, quoique cette étoffe soit d'une qualité plus précieuse, elle doit pourtant suivre le principal qui est l'habit, par manière d'accession, à la réserve toutefois de l'action rigoureuse du vol, *condictionem furtivam*, contre le coupable, soit qu'il ait fait l'habit, soit qu'il l'ait fait faire, par la raison que quoiqu'on ne puisse pas répéter la chose elle-même, à cause de l'extinction de la propriété, il reste toujours le droit d'en poursuivre l'estimation et autres peines, soit contre ceux qui ont fait le vol, soit contre tous autres possesseurs de mauvaise foi, *veluti à praedonibus*.

§ XXVII. Deux ou plusieurs personnes se rendent une chose commune, en consentant qu'on fasse une confusion d'une certaine quantité de liquides, ou matières appartenant à chacun d'eux, comme du vin, des lingots d'or ou d'argent, etc. Il en serait de même quand les matières appartenant à chacun, seraient d'une qualité différente, l'espèce leur deviendrait également commune, *v. g.* si l'on avait mêlé le vin de l'un avec le miel de l'autre, pour en faire du nectar, ou l'ar-

gent de l'un avec l'or de l'autre pour en faire un vase ; la même décision a lieu, si c'est le hazard qui a opéré la confusion, soit que les matières fussent de même espèce ou non, à moins qu'il ne fût possible de les séparer, comme on sépare l'airain ou le plomb d'avec l'argent, *ff. de rei vind. leg. idem Pomponius scribit*, § *sed si plumbum.*

§ XXVIII. La commixtion du bled est différente des matières liquides dont on ne peut distinguer la qualité après la confusion ; au lieu que dans le bled chaque grain formant un corps, on peut facilement en distinguer et la bonté et la qualité, après même la commixtion qui n'opère par conséquent de communauté entre les propriétaires, qu'autant que leur volonté réciproque s'y trouve ; car, si le mélange a été fait par hazard ou par le fait et le consentement d'un seul, il n'y a pas plus de communauté, que si votre troupeau se trouvait pêle-mêle avec celui de votre voisin, soit que la commixtion fût arrivée par hazard ou par le fait de l'un des propriétaires : dans cette hypothèse, comme il est possible de distinguer la qualité et la différente valeur de l'un et de l'autre troupeau, l'examen en appartient au juge, qui décide ce qu'il faut que l'un rende à l'autre pour la plus-value ; mais, dans le cas où, après la commixtion, l'un des propriétaires retiendrait l'entier troupeau, les lois donnent à son voisin l'action *in rem*, pour revendiquer sa chose, si elle n'a pas été consommée de bonne foi ; car, dans le cas où elle eût été consommée de bonne foi, il n'aurait que l'action *in factum vel utilis*, pour en répéter le prix, *ut ff. ad leg. aquil., leg qui occidit*, § *si quis alienum vinum* : dans tous ces derniers cas, il faut toujours recourir au juge, qui, après avoir prisé les différentes qualités, décide suivant les preuves et raisons des parties.

§ XXIX. L'accession a lieu aussi en matière d'édifice, ainsi que de tout ce qui est infigé au sol, qui, comme chose principale, entraîne ce qui peut s'y trouver d'inhérent : car, si vous bâtissez sur votre fonds avec les matériaux d'autrui, l'édifice vous appartient, sans que le maître des matériaux puisse les répéter ni agir contre vous *actione ad exhibendum*, pour que vous ayez à les lui représenter : ce qui a été déterminé par la loi des *douze tables*, qui veut que le maître d'un édifice ne puisse être contraint d'en détacher les matériaux qui se trouveraient

appartenir à autrui, pour les rendre (1). Le maître des matériaux ne perd pas cependant totalement sa propriété ; il n'est pas dénué de toute ressource pour être refait de sa perte : car, tant que l'édifice subsiste, il peut réclamer le double de ce que valaient ses matériaux, par l'action qu'on appelle *de tigno juncto*, dans le cas où c'eût été avec bonne foi que le maître de l'édifice les eût employés ; si c'est au contraire avec mauvaise foi, outre l'action *in duplum*, le propriétaire peut encore exercer l'action *ad exhibendum*, pour réclamer la chose elle-même, *leg.* 1ª., § *ult.*, *ff. leg.* 2, *de tig. junct.*

Dans le premier cas, par l'action *in duplum*, on a voulu seulement exciter l'attention de ceux qui feraient bâtir, à ne pas employer des matériaux qui ne fussent point à eux : dans le second cas, l'on ajoute à l'action *in duplum*, l'action *ad exhibendum*, à cause du dol qu'on doit punir en la personne de celui qui l'a commis, en l'obligeant de rendre la chose elle-même, dès que cela devient possible, sans blesser l'intérêt public, c'est-à-dire, si l'édifice vient à être détruit ; c'est ce qui donne le choix, ou de se servir de l'action *in duplum*, ou de l'action *ad exhibendum*, pourvu toutefois qu'on n'ait encore rien reçu.

§ XXX. De ce que le principal entraîne aussi l'accessoire, il suit que, si quelqu'un a fait construire, avec ses propres matériaux, sur le fonds d'autrui, l'édifice doit être à celui qui était déjà propriétaire du fonds ; auquel cas il faut distinguer : si le maître des matériaux a su que le fonds ne lui appartenait pas, il perd la propriété de ses matériaux, parce que, faisant bâtir sur le fonds d'autrui sciemment, les lois présument de-là une donation de sa part en faveur du maître du fonds, par la règle *donari videtur qui nullo jure cogente conceditur*, *leg.* 82, *ff. de reg. juris*, ce qui le prive de toute action pour en répéter le prix, pas même pour réclamer ses matériaux, si l'édifice venait à être détruit : ce qui est bien différent du cas posé au § précédent.

Mais, si le maître des matériaux, ignorant que le fonds ne lui appar-

(1) Ce qui a été introduit pour l'utilité publique, toujours intéressée à voir subsister les édifices, et afin d'éviter la difformité que causeraient dans les villes les différentes constructions. Nous observerons que par *tignum*, on entend toutes sortes de matériaux servant à la construction, comme poutres, briques, pierres, etc.

tenait

tenait pas, s'était mis de bonne-foi en possession, et que le maître du fonds vînt le troubler et lui demander sa maison, il peut le repousser par l'exception *doli mali*, et demeurer en possession jusqu'à ce qu'il ait été remboursé de la valeur de ses matériaux et de toutes les impenses nécessaires : celui-ci mérite en effet toute sorte de faveurs, à raison de sa bonne-foi ; tandis que l'autre, au contraire, doit être exclus de toute grace. C'est avec raison qu'on peut lui opposer la faute d'avoir fait bâtir témérairement sur un fonds qu'il savait ne pas lui appartenir, étant destitué de tout droit pour y rien répéter. Le juge, *ex officio*, dans la rigueur de la justice, peut ordonner le remboursement des dépenses nécessaires, et la faculté d'enlever les objets utiles ajoutés au fonds, sans nuire cependant à son premier état, *leg.* 5, *cod. de rei vind.*, *et ff. de hæred. petit.*, *leg.* 38.

§ XXXI. Tant que l'accessoire ne fait pas encore partie du principal, on n'en perd point la propriété ; ainsi, si vous avez mis dans votre fonds une plante qui ne vous appartenait pas, ou si vous avez mis dans le fonds d'autrui une plante qui vous appartenait, dans l'un et l'autre cas, le principal ne l'emporte qu'autant que l'accessoire se trouvera en faire partie par le moyen des racines ; jusqu'à cette époque, la plante appartiendra toujours au véritable maître, dont la propriété ne change et ne passe en d'autres mains, que depuis le moment que les racines ont uni la plante au fonds : c'est par cette même raison que si l'arbre de votre voisin, situé sur les limites des deux héritages, a poussé toutes ses racines dans votre fonds, il est censé vous appartenir ; car il serait contre l'équité qu'un arbre qui prendrait toute sa substance dans mon fonds, appartînt à un autre : c'est aussi par la même raison qu'un arbre, situé sur les limites de deux champs voisins, et qui aurait poussé ses racines dans le fonds de l'un et de l'autre, doit devenir nécessairement commun aux deux propriétaires : si l'arbre n'est pas sur les limites, quoiqu'il ait poussé des racines de toute part, c'est-à-dire, tant sur le fonds voisin que sur celui où s'élève le corps de l'arbre, il ne devient pas pour cela commun, *leg. si plures*, *ff. arbor*, *leg. ult. et ff. quod vi*, *aut clam* ; il appartient en entier au maître du fonds dans lequel fut plantée la tige.

§ XXXII. Il suit donc toujours du principe posé, que toutes les plantes et tout ce que la terre peut produire, doit être entraîné par le principal,

qui est le sol, comme les bleds qu'on ensemence : de-là vient que le même droit doit être établi à l'égard de celui qui a semé dans le fonds d'autrui et de celui qui y a bâti : dans le cas où il fût poursuivi par le propriétaire en délaissement de l'édifice, il peut le repousser alors par l'exception *doli mali*, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, § 30, *verbo certè*. La même exception est accordée à celui qui a ensemencé de bonne-foi les fonds d'autrui pour répéter ses impenses.

§ XXXIII. De même, comme nous venons de le dire, que les édifices, les plantes, les semences cèdent au sol; ainsi, l'écriture, fût-elle en caractères d'or, suit le sort du principal qui est le papier, le parchemin, etc. *arg. cod. de test. leg. sancimus, et cod. de appell. leg. praecip. in fin.* C'est pourquoi, à supposer que quelqu'un écrivît sur votre papier ou parchemin, un poème, une histoire, un discours, l'ouvrage deviendrait votre propriété, sous cette restriction cependant de payer à l'auteur les frais de l'écriture; jusqu'alors, il serait en droit de vous repousser par l'exception *doli mali*, comme possesseur de bonne-foi : si, au contraire, vous étiez en possession de l'ouvrage, l'auteur aurait contre vous l'action *in factum* pour répéter contre vous les frais de l'écriture. S'il était possesseur de mauvaise foi, il en serait décidé de même qu'au § 30 ci-dessus : à l'égard des matériaux dont il est censé avoir voulu faire don, vous pourriez même agir contre lui *actione furtivâ*, s'il détenait le papier ou parchemin sur lequel il aurait écrit.

§ XXXIV. Les opinions étaient autrefois partagées pour savoir si la toile devait céder à la peinture, ou si la peinture devait céder à la toile; mais *Justinien*, vidant le doute, décida qu'il convenait mieux de faire de la peinture, à cause de l'art précieux qu'elle renferme, un sort principal, par la raison qu'il serait ridicule qu'un tableau d'*Appelle* ou de *Parasius*, ne l'emportât pas sur un vil morceau de toile. Cependant, si le propriétaire de la toile est en possession du tableau, le peintre peut le réclamer, en lui payant le prix de la toile, sans quoi il pourrait être repoussé par l'exception *doli mali;* mais si, au contraire, le tableau est en la possession du peintre, le maître de la toile a contre lui une action directe qu'on appelle *utilis actio in rem*, pour revendiquer la toile elle-même, auquel cas il peut pourtant être repoussé par la même exception *doli mali*, s'il n'offre point de payer les frais

de la peinture, en supposant que le peintre fût de bonne-foi (1); il demeure pourtant évident que le maître de la toile a le droit d'agir, tant contre le peintre dans le cas où il eût lui-même, avant la peinture, enlevé la toile, que contre tout autre qui l'eût enlevée après la peinture, surtout lorsqu'il y a mauvaise foi par l'action furtive, *actione furtivâ*.

§ XXXV. Une personne qui possède un titre de bonne-foi, est dans une condition aussi bonne que si le titre était valide jusqu'au tems où elle a été avertie du vice qu'il contient; ainsi, si j'achète ou qu'il m'advienne par donation ou autre juste titre, un fonds que j'ai cru tenir d'un homme en qui résidait exclusivement le droit d'en transférer la propriété, je dois avoir fait miens tous les fruits que j'ai pu percevoir (2), c'est-à-dire, non-seulement les industriels, comme le bled, mais encore les naturels, comme le foin, l'huile, etc., *leg.* 48, *ff. de acq. rer. dom.*, non en représentation de la culture et des soins, comme le dit ici *Justinien*, puisqu'il faut aussi y comprendre les fruits naturels, mais par la seule raison que j'occupe et tiens la place du véritable maître, dans la même idée que la chose m'appartient et que les fruits m'appartiennent aussi. C'est dans la raison naturelle, et dans le droit des gens qui en dérive, qu'on a puisé cette manière d'acquérir : mais comme dans le fond, le possesseur, quoique de bonne-foi, n'a qu'un mauvais titre, et qu'il n'est pas permis, suivant toutes les lois de la nature, de s'enrichir aux dépens et au préjudice d'autrui, l'on a pensé qu'il était de toute équité que ce possesseur fût tenu de rendre le fonds au véritable propriétaire, lorsqu'on lui aurait fait connaître le vice de son titre; ensemble, les fruits qui seraient encore

(1) Dans ce cas, la condition de celui qui possède est pire que la condition de celui qui demande, puisque celui-ci peut avoir la chose elle-même, en en payant les frais ou le prix; cela se justifie par le fait : il est vrai pourtant que les droits sont les mêmes, dès que la même faculté est accordée, soit au peintre, soit au maître de la toile, lorsqu'ils sont dépossédés; cela vient de ce que tout homme qui est dépossédé peut agir pour rentrer en possession; or, puisqu'il a eu assez de force pour rentrer en possession, il doit nécessairement en avoir beaucoup plus pour demeurer possesseur.

(2) On appelle ici *perçus*, les fruits qui sont séparés du sol ou des arbres.

en nature *extantes*, bien entendu *deductis impensis*, *leg* 36, § *ult. ff. de haered. petit.*; et pour ceux qu'il aurait consommés, la loi, à cause de sa bonne-foi, l'affranchit de toute demande en répétition; malgré qu'il en soit devenu plus riche, faisant en sa faveur cette exception à l'axiôme que nous avons posé ci-dessus, *leg.* 4, § 2, *ff. fin. reg.* C'est pour cela aussi que le possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire, qui a joui d'un fonds, sachant bien qu'il ne lui appartenait pas, odieux par sa qualité, est non-seulement privé de tous ces avantages, mais encore tenu des fruits qu'il n'a pas même perçus à cause de sa négligence, *leg.* 22, *cod. de rei vind.*, *leg.* 33, *leg.* 62, § 10, *ff. de rei vind.*

§ XXXVI. La perception par nous faite, est le seul moyen qui puisse nous rendre maître des fruits d'un fonds dont nous avons l'usufruit; ils sont si peu à nous avant la perception, que si nous venions à mourir sans l'avoir faite, à quelque maturité qu'ils fussent d'ailleurs parvenus, nous ne pourrions les transmettre à nos héritiers; ils appartiennent de plein droit au propriétaire du fonds, qui aurait pouvoir d'agir contre eux, *per rei vindicationem*, au cas qu'ils les eussent perçus.

Le fermier ne diffère presque pas de l'usufruitier: nous disons *presque*, parce que le fermier transmet à ses héritiers le droit de percevoir les fruits en vertu de son bail, *leg.* 10, *cod. de locat. cond.* Autrement ils sont, dans bien des cas, assimilés l'un à l'autre, comme on le voit dans la loi 12, *ff. quod vi, aut clam*, pour l'action, ou interdit que la loi leur donne, lorsqu'il s'agit d'une voie de fait pratiquée avec violence ou secrètement sur le fonds dont ils perçoivent les fruits; ils sont encore assimilés l'un à l'autre, en ce qu'ils n'ont point de droit de propriété (1).

§ XXXVII. Les profits qui peuvent provenir des animaux font partie des fruits, parmi lesquels on compte le lait, le poil des bœufs, des chevaux, la laine, sans en excepter ce qu'on appelle leur suite, comme les agneaux, les chevaux, les veaux, les poulins, et les cochons de lait, qui appartiennent à l'usufruitier, comme faisant accession, en vertu du droit des gens, aux autres principaux fruits; il y a pourtant une exception à

(1) On peut voir aussi pour ce qui concerne les fruits, le § 2 *du tit.* 17 *du liv.* 4.

faire quant aux parts des esclaves, que des vues d'humanité ont empêché de mettre au nombre des fruits ; ils appartiennent au propriétaire, à moins que l'usufruit des esclaves n'ait été expressément légué, *leg.* 68, *ff. de usufructu*, parce qu'il était inoui que l'on mît l'homme au nombre des fruits, tandis que c'était en sa faveur que la providence les faisait tous éclore, *leg.* 28, *ff. de usuris*.

§ XXXVIII. Ainsi que l'usufruitier retire tous les avantages de ce qui fait l'objet de son usufruit, de même doit-il supporter les pertes et y suppléer par le moyen des fruits, si les capitaux s'en trouvent diminués : il doit de plus cultiver les terres et faire à l'héritage toutes les réparations que ferait un bon père de famille : de-là vient que, si d'un troupeau il vient à mourir quelques têtes, il est tenu de les remplacer avec les petits qui en proviennent ; c'est ainsi que *Julien* l'a décidé ; et si ces petits viennent encore à mourir, il doit repeupler le troupeau avec ceux de l'année suivante. Il en est de même des souches d'une vigne, qu'il faut avoir le soin de renouveler à fur et à mesure qu'il en périt : il en est encore de même des arbres séchés sur pied ; l'usufruitier doit en substituer de nouveaux et garder à son profit ce qu'il a été obligé d'arracher, *leg.* 18, *ff. de usufructu* (1). Si l'usufruitier négligeait ces soins, il deviendrait redevable envers le propriétaire, *leg.* 70, *ff. de usufructu* (2).

§ XXXIX. Nous avons dit ci-dessus que les choses qui n'appartiennent à personne, appartiennent au premier qui s'en empare : un trésor peut être mis dans cet ordre, parce que c'est une chose qui, par la longueur du tems qu'elle est demeurée inconnue, met dans l'impossibilité de con-

---

(1) La loi 59 *de usufructu*, porte que l'usufruitier n'est pas tenu de remplacer les arbres dégradés ou arrachés par la tempête.

(2) Cette loi fait une distinction pour savoir dans quel cas l'usufruitier est tenu ou n'est point tenu de remplacer ; elle décide que l'usufruitier est tenu de remplacer, lorsque l'usufruit d'un troupeau a été légué sous une dénomination universelle, où se trouvent compris les bœufs, les brebis, les jumens, etc. ; mais il n'est pas tenu de remplacer, lorsque l'usufruit comprend chaque tête en particulier, comme le legs d'un troupeau de brebis comprend chaque tête en particulier ; au lieu que par la dénomination universelle de bêtes à profit, on comprend plusieurs troupeaux, comme jumens, brebis, bœufs, etc. *ff. de abigeis*, *leg. oves et de usuc. leg. rerum natura*, § *testium*.

naître son véritable propriétaire, *cod. de thes.*, *leg.* 1, *et ff. de acq. rer. dom. leg. non numquam*, § *thesaurus*. Il y a pourtant des restrictions à faire, dont on ne peut s'écarter, sans blesser l'équité naturelle; restrictions introduites par l'empereur *Adrien*; savoir: 1°. que si le hazard nous procurait la découverte d'un trésor dans notre propre fonds, nous en devenons aussi-tôt les entiers propriétaires; 2°. si la découverte est faite dans un lieu religieux ou dans le fonds d'autrui, sans qu'on y ait été employé à un travail salarié, la moitié appartient au propriétaire du fonds, et l'autre moitié au premier occupant, c'est-à-dire, à celui qui a fait la découverte: il en est de même si le trésor a été trouvé dans un lieu faisant partie du domaine de l'empereur, ou dans un lieu public, c'est-à-dire, qui appartienne à une ville, *ut ff. de acq. rer. dom.*, *leg.* 16, *in fin.*; ou enfin dans un lieu appartenant au fisc; dans tous ces cas, le trésor doit être partagé par portions égales entre l'empereur ou le fisc, ou les citoyens de la ville et le premier occupant.

§ XL. Le droit des gens nous donne aussi la propriété des choses par le moyen de la tradition. L'on ne peut davantage se conformer à l'équité naturelle, qu'en confirmant la volonté de celui qui veut transporter en la puissance d'autrui, une chose qui était dans son patrimoine; ainsi, de quelque genre que soit la chose livrée, meuble ou immeuble, elle demeure aliénée, c'est-à-dire, que le domaine en est transporté et mis au pouvoir de celui qui la reçoit, aussi-tôt qu'elle a été livrée par le maître, pourvu cependant que celui-ci ait eu la faculté d'aliéner, *ut infrà quibus alienare licet vel non, et ff. de cur. fur.*, *leg.* 1, *in ppio*. Les fonds assignés aux soldats qui s'étaient signalés dans les expéditions militaires, et ceux qui étaient donnés à charge d'un tribut qu'on payait à Rome, et qu'on nommait *Stipendiaria*, étaient aussi susceptibles d'aliénation: c'est ce qu'on appelait héritages provinciaux, qui étaient situés dans les pays conquis, et qu'on distinguait des héritages situés en Italie; lesquels ne pouvaient être aliénés, et dont le domaine ne pouvait être acquis par la prescription: ce qui fut changé par la constitution au code *de usucap. transf.*, suivant laquelle il n'y eut plus de différence entre les héritages provinciaux (1) et les italiques, que quant aux tributs,

(1) On connaissait à Rome deux sortes de biens provinciaux; ceux qu'on nommait *stipen-*

cod. de episcop. et cler. leg. de his. C'est pourquoi il n'y a point de doute qu'on ne puisse transférer la propriété par la tradition de la chose, soit à titre de donation, soit à titre de dot ou de toute autre manière, comme à titre de vente, qui peut même avoir lieu sans écrit, pourvu qu'on puisse justifier de son titre, savoir, pour la vente, en prouvant les conventions de la tradition, la mise en possession et le paiement du prix, *leg.* 12, *cod. de probationibus.*

§ XLI. Quoique nous venions de dire que la tradition de la chose transfère la propriété, il est pourtant vrai que, dans la vente, elle n'est transférée à l'acquéreur, qu'autant qu'il en a payé le prix au vendeur, ou qu'il se soit autrement acquitté envers lui, soit en payant sur sa délégation, soit en lui donnant un gage, ou assurance, ou caution, ou affectation, *ff. si cert. petit.*, *leg.* 2, § 10, *etc.*; ou que, sans vouloir employer aucun de ces moyens, le vendeur s'en soit rapporté à la bonne-foi de l'acquéreur, soit que le terme du paiement ait été ou non fixé, *leg.* 19, *ff. de contrah. empt.* Dans tous ces cas, la propriété passe en la personne de l'acheteur. Si, malgré cela le vendeur venait à n'être point payé du prix convenu, il pourrait revendiquer la chose vendue, *ff. de tribut. act.*, *leg. procuratoris*, § 18, *sed et si de dim.*, à moins que l'acheteur ne fasse de suite l'offre du prix convenu, ou qu'il ne soit question de la délégation acceptée; parce que, dans ce cas, le vendeur s'est tenu pour payé, et qu'il est dépouillé de toute action contre l'acheteur. Ces questions sont dans l'ordre de la nature et tiennent du droit des gens, malgré que la loi des douze tables, tenant du droit civil, pourvoie à la même sûreté, en voulant que, pour la perfection de la vente, le vendeur se trouve satisfait du montant du prix, soit en le recevant effectivement, soit moyennant une délégation acceptée, une caution, un gage ou une affectation, etc., etc.

XLII. Il n'est pas nécessaire que ce soit précisément le maître lui-même qui livre la chose vendue, pourvu que ce soit un mandataire

---

diaria, et ceux qu'on nommait *tributaria*; les premiers étaient ceux qui payaient tribut au peuple Romain; les seconds payaient tribut au prince: les seuls biens italiques étaient exempts de tout tribut.

agissant en vertu d'un pouvoir légal : car on est censé avoir fait soi-même ce qu'on a fait faire par autrui, *ff. de vi et vi armat.*, *leg.* 1ª, *§ dejecisse infrà de injuriis*, *§ non solum*, *et ff. de injur.*, *leg. item apud*, *§ fecisse.*

§ XLIII. C'est pour cela qu'un homme, qui a reçu une libre administration sur toutes sortes d'affaires universellement, peut valablement, tout comme le maître pourrait le faire, en aliéner quelque chose, non à titre de donation, non pour diminuer ou préjudicier à ce qui fait l'objet de l'intérêt du mandant; mais, au contraire, pour rendre sa condition meilleure : dans ce cas, s'il fait la tradition de la chose, il en transporte la propriété à celui en faveur de qui il l'aura faite, *ff. de acq. rer. dom.*, *leg.* 9, *§ nihil autem*, *verbo quâ ratione* : comme aussi, il peut faire des échanges, acquitter des dettes, *leg.* 58, *ff. de procur.* Il peut aussi transiger, toujours sous la condition de ne point préjudicier à la gestion, *leg.* 60 *de procur.*, dans laquelle loi il faut supposer le mot *diminuendi*, suivant *Florentin*, et la loi *Lucius*, *§ ult. ff. de administ. tut.* La loi 60 alors se rapporte assez à celle où les administrateurs d'une ville jouissent de la faculté de transiger; ce qui est valable, s'ils ont terminé une affaire douteuse : si, au contraire, il a été transigé sur une chose liquide et incontestable, cette transaction ne saurait avoir de force, par la raison qu'ils ont transgressé leur mandat, en nuisant directement aux intérêts de la gestion, *leg. praeses*, 12, *cod. de transactionibus.*

Nota. Il faut observer qu'on doit faire une différence entre celui à qui on a donné une administration libre et générale, comme dans l'espèce de la loi 58, *ff. de procuratoribus*, où le mot *libre* ajouté au mot *général*, donne pouvoir d'aliéner, faire des échanges, etc.; et tout ainsi que nous l'avons dit ci-dessus sur cette loi, et avec les mêmes modifications, c'est-à-dire pour le bien de la gestion; et celui qui est procurateur général sans le mot *libre*, pour lequel on applique l'espèce de la loi 63, *ff. de procur.* et qui ne peut rien aliéner, soit meuble, soit immeuble, sans un mandat spécial de la part du maître : c'est par cette raison que *Marcellus Nonius* distingue le procurateur *universorum bonorum* et le procurateur *totorum bonorum*; il applique pour le premier l'espèce de la loi 58, *ff. de procur.*, et pour l'autre l'espèce de la loi 63, *ff. de procur.*

§ XLIV.

§ XLIV. Pour la translation de propriété, il arrive quelquefois que la tradition n'est pas nécessaire, et qu'on n'a besoin que de la seule volonté du maître; c'est lorsque la tradition se trouve déjà faite avant la convention des parties sur la vente ou autres contrats, soit à titre de prêt, de loyer, de dépôt, et que l'on veuille ensuite en transférer la propriété au locataire, au dépositaire, etc., soit à titre de vente, donation ou de dot, etc. Peu importe que cette chose vous ait été livrée pour quelqu'autre cause, dès que vous l'avez en votre pouvoir; il suffit que le maître consente et souffre que vous en fassiez votre chose propre; dans ce cas, la propriété vous en est acquise, ainsi et de la même manière que si elle vous eût été livrée en qualité de donataire, acquéreur, etc.

§ XLV. Pour la translation de propriété, il suffit qu'on vous donne le pouvoir et qu'on vous mette dans le cas de faire toutes les fonctions que pouvait faire le maître qui veut se déposiller de la chose. Ainsi, si je vous vends les grains que j'ai dans mon grenier, les marchandises que j'ai dans mon magasin, pour vous en rendre propriétaire, il me suffira de vous en livrer les clefs, qui vous acquerront aussitôt la liberté d'aller prendre vos marchandises dont le maître est réputé vous avoir fait lui-même la délivrance par la remise des clefs, qui seules empêchaient que vous ne pussiez en jouir, *argumento legis* 1re, *cod. de donat.*, *leg.* 18, § *si venditorem*, *ff. de acq. poss. et leg.* 1^a^, § *si jusserim*, *ff. de acq. poss.*

§ XLVI. Nous avons vu ci-dessus comment la propriété des choses pouvait passer en une personne *certaine*; elle peut passer aussi au pouvoir de personnes *incertaines*, toutes les fois qu'on s'en dépouille et qu'on les livre au hasard, dans le dessein d'en rendre propriétaire le premier qui s'en emparera; comme faisaient les consuls romains, les préteurs, qui, dans les grandes cérémonies, jetaient des pièces d'or et d'argent au peuple, quoiqu'ils ne pussent savoir, lorsqu'ils s'en désaisissaient, entre les mains de qui ces pièces tomberaient; ils en transféraient cependant la propriété au premier occupant par l'effet de leur volonté, qui tendait à ce que quelques individus pussent s'approprier ces pièces d'or ou d'argent, *ff. pro derelicto*, *leg.* 5, *vers. id quod*

quis, et auth. 105, *chap.* 2, § *spargere, vers. argentum verò.* Comme il est dans l'ordre civil que chaque chose ait son propriétaire, il s'en suit que, dès que quelqu'un veut cesser de l'être, tout autre a droit de le devenir à sa place.

§ XLVII. C'est par la même raison qu'on devient maître, par l'effet de l'occupation, des choses abandonnées; on regarde une chose comme abandonnée, dès que le maître en fait un abandon total, dans la ferme résolution de n'y plus rien prétendre et de ne plus la compter dans son patrimoine : il doit donc de toute nécessité cesser, dès ce moment, d'en être le maître, et faire rentrer cette chose dans l'ordre des choses communes.

§ XLVIII. Il y a une grande différence dans les choses dont nous venons de parler, et celles que, dans un danger de naufrage, on est obligé de jeter pour alléger un navire : cet abandon qu'on est obligé de faire ne dépouille pas de la propriété, parce qu'il est évident que si on eût pu s'en dispenser, on ne s'en serait point désaisi; et que bien loin d'y renoncer, on conserve encore, en faisant ce sacrifice, l'espoir trop souvent inutile de les recouvrer après la tempête, et que tout notre motif, en ce cas, a été de sauver et l'équipage et notre personne; il en est de même dans les cas d'incendie : ainsi, si quelqu'un fait la découverte de tout ou partie de ces marchandises, il est tenu d'en faire la restitution à ceux à qui elles appartiennent; car s'il les garde dans l'intention de se les approprier, il devient coupable de vol; on pourrait presque assimiler cette hypothèse à celle où, dans une grande route, on fait la perte de quelques marchandises ou effets qui tombent d'une voiture, sans qu'on s'en apperçoive, *leg.* 1ª, *in fin. et leg.* 2 *et* 3, *ff. de incend. rèi nauf. et leg.* 1, 2 *et* 3, *ff. pro derelicto* : nous disons *presque*, à cause de cette différence; que, dans le premier cas, ce sont les maîtres eux-mêmes qui font la perte des choses, le sachant bien; au lieu que dans celui-ci, les maîtres sont censés en ignorer la perte, *ff. de acq. poss., leg.* 21 *interdum*, § 10 : c'est toujours la volonté du propriétaire qui doit décider de la nature qu'on doit donner aux choses, savoir, s'il faut les regarder comme abandonnées, ou comme perdues

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

NOMB. 15. Nous avons vu que les Romains entendaient par le mot *res* tout ce qui était distinct et séparé des personnes et des actions. Selon leur droit, les choses étaient susceptibles de plusieurs divisions; il n'en est point parlé dans notre code, par la raison qu'elles rentrent toutes dans la partie de l'enseignement. Le législateur a dû se borner à établir quelques principes généraux pour abandonner les détails à la doctrine de l'école : il faut donc s'en référer aux lois romaines pour acquérir cette connaissance.

En France, comme chez les Romains, la propriété est susceptible de plusieurs modifications. On peut avoir à prétendre sur un héritage, ou un droit de propriété, ou un droit de jouissance, ou seulement des *services fonciers*, (art. 543); par le droit romain, le domaine était défini, *jus utendi et abutendi re suâ*. En France, la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlemens, (art. 544); elle s'acquiert et se transmet par *succession*, par *donation entre-vifs* ou *testamentaire*, par l'effet *des obligations*, par *accession* ou *incorporation* et par *prescription*, (art. 711 et 712): le droit d'accession était, comme on l'a vu, une des différentes manières d'acquérir introduites chez les Romains; parmi nous aussi, la propriété d'une chose donne droit sur tout ce qu'elle produit, soit *accessoirement*, soit *naturellement*, soit *artificiellement*, (art. 546): le droit d'accession se compose, 1°. de tout ce qui est produit par la chose, chap. 1er., tit. 2, liv. 2 du Code civil; de-là, la distinction des fruits *naturels* ou *industriels* de la terre, des fruits *civils* et du *croît* des animaux, (art. 547); 2°. de tout ce qui s'unit et *s'incorpore* à la chose, chap. 2, tit. 2, liv. 2 du Cod. civ.; de-là, le droit *d'accession* relatif aux choses *immobilières*, sect. 1re., chap. 2, tit. 2, liv. 2 du Cod. civ, et le droit *d'accession* relatif aux choses *mobilières*, sect. 2, chap. 2, tit. 2, liv. 2 du Cod. civ.: dans la première classe, se trouvent les règles établies pour le droit *d'alluvion*, pour les diverses *plan-*

tations, *constructions*, *fouilles*, *îles*, *îlots*, *attérissemens*, etc.; dans la seconde classe, sont les règles propres pour la *spécification*, *l'accession* des ornemens, la *confusion* des choses liquides, le *mélange* des corps solides, etc.

Parmi nous, comme chez les Romains, le trésor appartient en entier à celui qui le trouve dans son propre fonds; mais, dans le cas où il est découvert dans le fonds d'autrui, il appartient par égales portions au premier occupant et au propriétaire du fonds. Le trésor est défini, toute chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hazard, (art. 716.)

TITRE II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Les choses se divisent encore en choses *corporelles*, ou qui forment un corps, et en choses incorporelles ou *intellectuelles*, c'est-à-dire, qui ne se développent que dans notre entendement, *ff. de divisio. rerum et qual.*, § 2.

§ Ier. Les premières sont celles qui, formant un corps, peuvent par conséquent être vues et touchées : c'est ce qui comprend tant les *meubles* que les *immeubles*, comme une *pièce de terre*, un *homme*, un *habit*, de *l'or*, de *l'argent*, et toutes les autres choses de cette nature.

§ II. Les autres sont celles qui, quoique produisant des effets presque toujours sensibles (1), n'ont d'abord rien de *réel* : on les appelle incorporelles, parce que, ne formant point de corps, elles ne sont susceptibles d'être entendues que par le moyen de notre conception, comme sont toutes les choses qui consistent dans le droit *d'avoir* ou de *jouir*, *v. g.* les *hérédités*, *l'usufruit*, *l'usage* et les *obligations*, de quelque manière qu'elles aient été contractées, soit par *contrat* ou quasi-*contrat*, *délit* ou quasi-*délit* ; peu importe qu'une hérédité renferme des choses coporelles : cela ne fait pas que ce qui nous les procure ne consiste que dans un droit qui n'a rien de *matériel* : c'est seulement une action, une faculté qui nous est donnée pour obtenir une chose *corporelle* ; car autre chose est d'avoir le droit de jouir ; autre chose est de posséder : si cela était indifférent, presque tout deviendrait alors corporel ; car le fonds, dont nous avons l'usufruit, produit des fruits que nous percevons et qui sont corporels : les obligations donnent aussi presque toujours quelque chose de corporel, comme un fonds, un homme, de l'argent; mais le droit, l'action dont nous usons pour avoir une hérédité, *ff. de verb.*

(1) Nous disons *presque*, parce que ces effets n'ont quelquefois rien de corporel, comme la servitude du droit de passage.

signif., *leg. nihil*, et pour mettre à effet une obligation, ne sont pas moins quelque chose d'incorporel.

§ III. Les servitudes *urbaines* et *rustiques*, dont nous allons parler au titre suivant, font aussi partie des choses incorporelles. Il y a cette différence entre celles-ci et les autres, qu'elles ne produisent jamais rien de corporel; tout y devient intellectuel : on les appelle pourtant *réelles*, parce que c'est un fonds qui demeure obligé envers un autre. Les urbaines sont appelées *personnelles*, parce que ce sont des édifices ou autres choses corporelles qui demeurent obligées à une personne.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 16. Les Romains divisaient les choses en corporelles et en incorporelles. En France, les choses corporelles, en d'autres termes, les biens en général, appartiennent les uns à des particuliers, (art. 537); d'autres sont une dépendance du domaine public, (art. 538); d'autres appartiennent à la nation, (art. 539); d'autres appartiennent à des communes, (art. 542); d'autres enfin, n'appartenant à personne, appartiennent exclusivement à l'état, (art. 713).

En règle générale, les biens se divisent en meubles et en immeubles, (art. 516); mais il en est qui ne sont ni meubles ni immeubles, comme les *droits*, les *actions*, les *servitudes*, etc. Le législateur a voulu qu'ils prissent la nature de l'objet auquel ils sont attachés ou duquel ils dérivent, (art. 526) : c'est ce qu'on nommait à Rome choses *incorporelles*, c'est-à-dire, choses qui ne sont point perceptibles par les sens, et qui ne consistent que dans un droit.

TITRE III.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM RUSTICORUM ET URBANORUM.

On appelle généralement servitude, la dépendance où se trouve une chose d'une autre ; elle est distinguée en réelle et personnelle. La personnelle est celle qui regarde une personne ou qui lui est due, et qui tourne à son profit particulier, sans pouvoir être transmise à une autre ; comme lorsque l'usufruit d'un fonds, l'usage d'une chose, l'habitation d'une maison, ont été légués : ces choses, quoique appartenant à un autre, sont au service et à la disposition du légataire tant que dure l'usufruit, l'usage ou l'habitation, et autant que ces qualités peuvent lui donner des droits. Cette servitude est donc appelée personnelle, soit parce qu'elle regarde les personnes, *ut tit præced.*, § 2, soit parce que c'est un droit personnel, c'est-à-dire, qui n'a pas d'extension ; il en sera parlé aux deux titres suivans.

La réelle est un certain droit qu'un fonds a sur un autre, soit que celui-ci y soit assujetti par sa nature, soit en vertu d'une convention particulière, droit qui demeure inhérent au fonds en quelques mains qu'il passe, à moins qu'il n'y soit dérogé par le fait des propriétaires : elle comprend toutes sortes d'immeubles : on la divise en servitude rustique et en servitude urbaine.

La servitude rustique s'étend seulement aux fonds de terre, pour leur culture et la perception des fruits, *leg.* 2. *jure*, § *stabula in quib. caus. pig. vel hypothaec.*, comme le droit de passage à pied, à cheval par le fonds d'autrui, qu'on appelle *iter* ; le droit d'y faire passer des bestiaux, qu'on appelle *actus* ; le droit d'y faire passer une charrette, qu'on appelle *via*, et qui comprend tous les usages dont on peut avoir besoin ; le droit enfin de faire écouler les eaux par le fonds voisin, qu'on appelle *aquæductus*. Il suit de-là que, lorsqu'on a le droit de faire passer ses bestiaux sur l'héritage voisin, on a par conséquent celui d'y passer à pied et à cheval ; et que, lorsqu'on a celui d'y passer avec

une charrette, on a aussi, par la même raison, le droit d'y passer à pied et à cheval, et d'y faire passer des bestiaux.

On appelle celles-ci servitudes *nommées*, parce qu'elles ont un nom fixe qu'elles tiennent du droit civil, *leg. juris*, § 10, *ff. de pact.* Il en est plusieurs autres qu'on appelle *innommées*, parce que le droit civil ne leur a point assigné de nom particulier, et que celui qu'elles ont a été tiré de la qualité du fait auquel elles donnent droit, comme le droit de pâturage, *jus pascendi*; le droit d'abreuvage, *jus pecoris appulsus*; le droit de puiser de l'eau, *aquae exhaustus*; le droit de faire cuire dans le fonds voisin la brique nécessaire pour bâtir une cabane dans un champ, *jus calcis coquendae*; le droit de tirer du sable, *jus arenae fodiendae, jus cretae fodiendae et lapidis eximendae*, etc.

§ Ier. Les servitudes urbaines sont celles qui regardent les immeubles des villes, c'est-à-dire, les édifices, ainsi appelées, qu'ils soient situés à la campagne ou à la ville, *leg. urbana praedia*, *ff. de verb. signif.*, § *praediorum urbanorum*, parce que le législateur est censé comprendre tout ce qui fait le sujet de sa matière roulant sur un même droit : telles sont *oneris ferendi*, par laquelle le voisin est tenu de supporter sur son mur ou sur son pilier les charges de la maison voisine, *leg. cùm debere*, *ff. de servitutibus urb. praed.*, *tignum immitendi*, par laquelle il est permis au voisin d'assujétir ses poutres sur les murs de son voisin, *leg.* 1^a^, *ff. de servi. praed. urb. et leg. malum*, § 10, *ff. de verb. signif.*, *stillicidium avertendi*, par laquelle il est permis de faire écouler les eaux dans la cour du voisin ou de les lui faire recevoir dans une citerne. Personne n'est tenu à cette servitude qu'en vertu d'un droit ou d'une convention établie à cet effet, *itineris seu aditus*; le droit de passer dans votre maison pour aller dans la mienne, *jus projiciendi, seu protegendi est jus quo vicino licet aedes suas protuberandi sive exporrigendi maenianis seu podiis pugilibus aut tecta sua protendendi in solum vicini*, *leg.* 2^a^, *ff. de servit. urb. praed.* La servitude *prospectus*, par laquelle le voisin est tenu de donner à son voisin de la clarté par l'ouverture de quelque fenêtre, de quelque lucarne *lacuinum*, est celle par laquelle le voisin est forcé de recevoir le jour de la maison de son voisin, *leg.* 4, *ff. de servit. urb. et praed. altius tollendi*, par laquelle le voisin peut être forcé d'élever sa maison pour

pour mettre la mienne à l'abri des rigueurs du tems. Ce sont les servitudes qu'on appelle *affirmatives*, c'est-à-dire, qui vous donnent droit de faire ou de faire faire quelque chose : il en est d'autres qu'on appelle *négatives*, parce qu'elles empêchent ou prohibent ; telle est celle *altius non tollendi*, qui défend au voisin d'élever sa maison plus haut que la mienne, *leg. altius, cod. de servitutibus* ; celle *ne luminibus officiatur*, qui défend au voisin de rien faire qui puisse m'enlever les jours et obscurcir ma maison ; celle *leg. inter servitutes ff. eod. ne prospectui officiatur* ; celle qui défend au voisin de rien faire qui puisse rendre la vue de son voisin moins libre et moins agréable ; celle *leg. inter servitutes ff. eod. stillicidum non avertendi*, qui défend de mettre obstacle à ce que le stillicide ou eaux pluviales ne passent par la maison ou fonds du voisin dont celui-ci a besoin pour remplir sa citerne.

§ II. La matière de ce § se trouve comprise dans ce qui a été dit *ad principium*.

§ III. On appelle les servitudes *prédiales*, parce que c'est précisément des héritages qu'elles tiennent leur établissement ; car sans héritage, il n'y aurait pas de servitude : de-là, une règle infaillible qu'on ne peut acquérir de servitude, ni y être assujéti, qu'autant que l'on possède quelque héritage.

§ IV. Les servitudes peuvent s'établir de deux manières, *entre-vifs* et par acte de *dernière volonté* ; entre-vifs, par *convention*, *donation*, ou *stipulation* faite dans une vente ou autre contrat, ou lorsqu'une certaine longueur de tems de possession fait présumer un titre ; par acte de dernière volonté, lorsqu'un testateur défend à son héritier de donner plus d'élévation à son édifice, afin de ne pas obscurcir celui du voisin ; qu'il le charge de souffrir qu'on appuie des poutres sur son mur ; de supporter les eaux du stillicide ; que l'on passe par son fonds à pied et à cheval ; d'y laisser passer des bestiaux, ou qu'on y vienne puiser de l'eau ; autrement, s'il n'y a point de servitude, chacun est maître sur son bien, et il est libre à chacun d'empêcher qui que ce soit d'y entrer, *suprà*, *liv.* 2, *tit.* 1er. § 12, *vers. planè.*

On distingue encore les servitudes en *continues* et *discontinues* ; les continues sont celles qui ont une cause continuelle et perpétuelle, qui produit toujours ses effets sans avoir besoin du fait de l'homme, comme

le droit *d'aqueduc*, le droit *d'empêcher l'élévation du mur voisin*, *l'usufruit*, *l'usage*, le droit de *jurisdiction ;* ces servitudes n'exigent pas l'intervention du fait de l'homme, et elles sont réputées continues, parce qu'on est censé en jouir, du moins intellectuellement, sans interruption, *Barth. in leg. justo*, § *non mutat. ff. de usucap.* Elles se prescrivent suivant le droit romain, dans l'espace de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens, *leg. fin. infrà cod. de prescrip. long. temp. leg.* 2, *cod. de servit.*

Les discontinues sont celles dont l'usage dépend du seul fait de l'homme, *v. g.*, le droit de passer à pied et à cheval sur le fonds du voisin, d'y faire passer des bestiaux, des charrettes, d'y aller chercher de l'eau ; par la raison qu'on ne fait usage de ces servitudes que par certain tems et par interruption, il n'est guère possible de déterminer le tems dont on en a joui : d'où il suit, qu'il faut un espace infiniment plus considérable que pour les continues, pour acquérir un titre par le moyen de la prescription. Ce tems doit excéder la mémoire des hommes, *leg.* 2, § 1er *et* 7, *ff. leg.* 23, §2 *de aquâ et pluviâ, arcen.* ; on l'a fixé à cent ans, comme étant le terme où puisse parvenir l'homme le plus heureux, si toutefois il est permis d'appeler heureux celui qui jouit d'une longue vie, *argumento legis* 56, *ff. de usufructu :* c'est de celui qui prétend avoir droit de jouir de la servitude, de faire cette preuve immémoriale, puisque par leur nature toutes les choses sont censées être libres, *leg. altius et ibi glosâ cod. de servit.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 17. Nous ne distinguons point en France les servitudes de la même manière que les Romains ; ainsi les servitudes *iter actus et via*, nous sont parfaitement inconnues.

Nota. Pour connaître le tems nécessaire à la prescription, voyez *Barth.* et *Bald.* sur la loi 2 *de servit.* ; *Ferramonta*, *inst. de servit. et Perez. in parat. ff. eodem tit.*

Le code civil, en parlant des servitudes établies par le fait de l'homme, a voulu que les clauses particulières du titre leur donnassent plus ou moins d'étendue; ce qui dépend alors des conventions des parties, (art. 686).

La servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (art. 637). Cette définition, absolument conforme à celle des Romains, nous indique que le législateur a presque entièrement consacré leurs principes sur cette matière; ainsi, les servitudes sont parmi nous, ou *urbaines*, ou *rurales*, (art. 687); elles dérivent, ou *de la situation naturelle des lieux*, ou *des obligations imposées par la loi*, ou *des conventions entre les propriétaires*, (art. 639). Dans la première classe, les fonds inférieurs sont assujettis aux fonds supérieurs, (*chap.* 1er. *tit.* 4, *liv.* 2 du code civil.)

Dans la seconde classe, la loi établit des servitudes pour l'*objet de l'utilité publique* ou *communale*, ou *pour l'utilité des particuliers*, (art. 649); elle renferme des règles sages et invariables sur le *mur* et le *fossé mitoyen*; sur *la distance des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions, les vues de l'héritage de son voisin, l'égoût des toits, le droit de passage*; (*chap.* 2, *tit.* 4, *liv.* 2 du code civil.)

Dans la troisième classe enfin, sont comprises les règles sur les servitudes établies *par le fait de l'homme*, c'est-à-dire résultant des conventions arrêtées entre propriétaires, (*chap.*3,*tit.* 4,*liv.* 2 du code civil.)

Nous avons vu qu'à Rome les servitudes étaient établies par stipulation expresse ou par testament; en France, il est de même permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes qu'ils pourront aviser, (art. 686). A l'exemple du droit romain, le législateur, par un motif de sagesse et de prévoyance, a cru devoir donner à chaque classe de servitudes un caractère distinctif; en sorte que celles urbaines ou rurales, sont continues ou discontinues; de plus, elles sont *apparentes* ou *non-apparentes*; distinction qu'on ne faisait pas à Rome.

L'usage des servitudes continues, peut être exercé sans le fait de l'homme, comme les *égoûts*, les *vues*, etc.

Les discontinues ne peuvent l'être sans le fait de l'homme, comme le droit de *passage*, de *puisage*, etc. (art. 688).

Les servitudes apparentes s'annoncent par des ouvrages extérieurs, comme une *porte*, une *fenêtre*, etc.

Les servitudes non-apparentes n'ont point de signe extérieur, comme *la prohibition de bâtir sur un fonds*, etc. (art. 689.)

Celles de la première classe, c'est-à-dire les continues (si toutefois elles sont apparentes), peuvent s'acquérir par une possession *trentenaire;* car des actes patens exercés pendant un si long espace, au vu et su du propriétaire, sans réclamation de sa part, sont une forte présomption de son consentement, (art. 690) : mais il n'en est pas de même pour celles de la seconde classe, c'est-à-dire, les discontinues (apparentes ou non-apparentes); car dans ce cas, les actes sont très-équivoques, et le propriétaire n'en a pas souvent une assez ample connaissance pour qu'on puisse induire un consentement de son silence; c'est pourquoi il faut un titre pour l'établir, et la possession même immémoriale serait insuffisante, (art. 691); ce qui est contraire aux dispositions du droit romain.

Le législateur, après avoir déterminé les règles par lesquelles les servitudes sont établies, s'occupe de celles relatives à leur extinction.

La servitude cesse, dit-il, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user, (art. 703); elle demeure éteinte par la réunion des deux héritages, (art. 705); et par le non-usage pendant trente ans, (art. 706) : la justice de ces dispositions ne peut qu'être généralement sentie, tout commentaire serait ici superflu.

TITRE IV.

DE USUFRUCTU.

On appelle *usufruit*, comme nous avons déjà dit au commencement du titre précédent, une servitude personnelle, soit parce qu'elle ne regarde que les personnes, en ce qu'on ne touche point et qu'on n'a aucun droit de toucher à la substance, c'est-à-dire, à la chose principale, si ce n'est sur la superficie, soit parce qu'elle ne s'étend point au-delà de celui en faveur de qui elle a été établie; elle consiste dans le droit non-seulement de faire usage, mais encore de jouir des choses corporelles, dont la propriété appartient à autrui; avec cette modification, qu'on doit se contenter des fruits, revenus et autres avantages qu'on en peut retirer, sans toucher ni porter la moindre atteinte à ce qui en fait le capital ou l'objet principal, dont la substance doit toujours demeurer entière, pour, après l'usufruit fini, passer entre les mains du propriétaire, telle qu'elle s'est trouvée et dans le même état que l'usufruitier l'a prise, sans quoi celui-ci en demeure responsable : c'est pour cela que, lorsqu'on présume que la chose pourrait dépérir entre ses mains, on l'oblige à fournir caution, comme il rendra la chose telle qu'il la prend, *tot. tit. ff., ut leg. seu fideic. servand. causâ caveatur*.

Une chose corporelle, formant fondement, est donc l'objet de l'usufruit; et les prétentions de l'usufruitier y étant totalement restreintes, il doit nécessairement s'en suivre que, si ce corps vient à être détruit ou anéanti, comme si le fonds sujet à l'usufruit est emporté par *l'alluvion*, la maison brûlée, le capital d'une rente perdu par une faillite, on doit regarder également comme détruits et anéantis tous les droits auxquels ces objets demeuraient assujétis : car on ne peut donner vie aux branches d'un arbre dont le tronc est séché sur pied.

§ Ier. Autre chose est la propriété; autre chose est l'usufruit : leur réunion et leur séparation dépendent absolument de la volonté des hommes; elles se trouvent réunies lorsqu'elles vont se confondre en une

seule personne ; elles peuvent être séparées de différentes manières ; savoir, par acte de dernière volonté et par acte entre-vifs, soit donations ou autres contrats.

Par acte de dernière volonté, ou lorsque le testateur a légué à quelqu'un l'usufruit de quelque chose, la propriété toute nue passe alors en la personne de l'héritier, et l'usufruit en la personne du légataire ; ou bien au contraire, s'il a été légué un fonds sous la déduction de l'usufruit, le légataire se trouve alors avoir la seule propriété, et l'héritier l'usufruit, sans l'intervention du légataire. De deux personnes agréables au testateur, il peut être légué à l'une l'usufruit et à l'autre la propriété, sous la déduction de l'usufruit, *deducto usufructu* ; clause qui doit être expresse, *argumento legis de usufruct. accrescendo*, §. 2 *et leg.* 17, *ff. quibus modis ususfructus :* car, sans cette clause, le testateur, en léguant l'usufruit à l'un, et la propriété à l'autre, la propriété entraînant de sa nature l'usufruit, le testateur serait censé avoir établi deux usufruitiers ; en sorte que l'un peut demander l'usufruit, en vertu de sa propriété, et l'autre en vertu de son legs d'usufruit. Dans ce concours, les droits de chacun ayant un égal degré de force, il est assez équitable de vider entr'eux le différend, en adjugeant à chacun la moitié de l'usufruit. C'est comme dans le cas où l'on a légué à deux personnes le même fonds.

Par acte entre-vifs en vertu de donations ou stipulations, comme si le vendeur se réserve pendant quelques années l'usufruit de la chose vendue, et le donateur de la chose donnée.

Mais attendu que la propriété des choses aurait pu devenir un bienfait inutile, si elle se fût toujours trouvée séparée de ce qui en fait l'objet, on a établi plusieurs manières pour mettre fin à l'usufruit et le réunir à la propriété.

§ II. Nous commencerons d'abord par poser en principe, que toutes choses peuvent faire l'objet de l'usufruit, excepté celles qui se consument par l'usage ; il peut donc être établi sur une maison, sur un fonds, sur des esclaves, et sur toutes sortes de bestiaux.

Nous avons excepté celles qui se consument par l'usage, comme le vin, l'huile, le froment, les habits, parce qu'elles ne peuvent que fort improprement faire l'objet d'un usufruit, par la raison que nous avons déjà dite, que la substance de ce qui fait l'objet de l'usufruit doit, de sa

nature, demeurer toujours intacte, et que l'usufruitier ne peut y porter la moindre atteinte sans en devenir responsable ; car on ne peut jouir des fruits sans en altérer la substance : le droit civil concourt encore ici avec le droit naturel, en ce qu'il fait consister l'usufruit principalement dans l'usage des choses, *leg. 5, ff. si usufructu petatur.*

L'argent ne diffère en rien des choses dont nous venons de parler, c'est-à-dire de celles qui se consument par l'usage, parce qu'on y perd toute espèce de droits dès qu'on l'a livré, tradition qu'on ne peut s'empêcher de faire pour le faire fructifier ; en sorte qu'il sera aujourd'hui à moi, demain à vous ; et qu'il peut être ainsi successivement à tout le monde. Cependant, comme avec de l'argent on forme des capitaux, qui produisent des revenus qu'on appelle intérêts, le Sénat fut consulté à cet égard sous *Tibère ;* guidé par l'intérêt public, il crut qu'il pouvait être libre à chacun d'établir un usufruit sur des sommes d'argent ; il fut donc permis aux légataires de les placer et de les mettre dans le commerce à leur profit particulier : à cet effet, pour prévenir les évènemens fâcheux qui pouvaient en résulter pour l'héritier, au cas que les légataires réussissent mal dans leurs entreprises, que les capitaux vinssent à se perdre, ou qu'ils fussent de mauvaise foi, il fut établi qu'ils seraient tenus de donner caution, en cette qualité et à ce titre, en faveur et pour la sûreté de l'héritier (1) : c'est pourquoi, toutes les fois qu'une

(1) Le testateur ne peut dispenser le légataire usufruitier de donner caution, pour garantir que la somme d'argent sera rendue à l'héritier au même état qu'elle aura été perçue, ni de la donner pour d'autres cas, comme celui du legs d'un fonds pour en jouir conformément à la décision d'un prud'homme, *boni viri arbitratu*, quoique cependant il puisse dispenser l'héritier, dans le cas d'un legs sous condition, de fournir un cautionnement, *leg. 2 et 7, cod, ut in poss. leg. seu fid. ut in poss. leg. ff. si pecunia, et cod. de usuf. leg.* 1ª. : la raison de cette différence vient de ce que dans ce dernier cas, la caution n'a été introduite qu'en faveur du testateur, pour un plus parfait accomplissement de sa volonté, faveur à laquelle le testateur peut fort bien renoncer, par la règle *unicuique liberum est favori gratia sui introducto renunciare ;* au lieu que dans le premier cas la caution n'a pas été introduite en faveur du testateur, mais en faveur et en contemplation de l'héritier ; le testateur ne peut en dispenser l'usufruitier, parce que ce serait l'inviter à délinquer impunément et à manquer par-là d'exécuter la volonté du testateur ; ce qu'on ne saurait présumer, parce que la principale fin du testateur est censée être dans l'esprit de tout homme raisonnable, c'est à-dire que sa volonté soit accomplie.

somme d'argent est léguée en usufruit, elle n'est remise au légataire et ne lui devient propre qu'autant qu'il donne caution à l'héritier, qu'il lui en sera rendu la même quantité qu'il en reçoit, lorsque l'usufruit aura pris fin, soit par sa mort naturelle, soit par sa mort civile, par le grand ou moyen changement d'état, *ff. de usuf. car. re quae usu cons. leg. in stipulationem et leg. quoniam.* Les choses qui se consument par l'usage, peuvent aussi, par la même raison, former une espèce d'usufruit; et pour cela, lorsque de pareilles choses ont été léguées en usufruit, on ne les livre au légataire, et il n'en devient le maître, qu'au préalable il n'en ait été fait une estimation, *leg. si tibi ff. de usuf. car. re quae usu cons.*, et que l'estimation faite, il n'ait fourni sa caution que dans le cas où il vînt à éprouver une mort naturelle ou civile, il sera rendu à l'héritier autant d'argent que les choses fongibles auront été estimées. Cette caution donnée tient lieu à l'héritier, et est exactement à la place de la propriété, qui réside en sa personne, lorsqu'il est question d'un fonds, en ce qu'elle lui assure ce qui fait l'objet de l'usufruit, dès qu'il a pris fin.

Nous avons dit *une espèce d'usufruit*, parce qu'il diffère essentiellement de l'usufruit proprement dit; il n'était pas même possible aux jurisconsultes de les confondre l'un avec l'autre, sans contredire et leurs principes et la nature des choses. Pour le véritable usufruit, il faut que la substance demeure intacte en faveur de l'héritier, *salvâ rerum substantiâ*; au lieu que dans l'usufruit improprement dit, l'héritier se trouve entièrement dépouillé de la propriété qui passe et se détruit entre les mains du légataire: le législateur, en admettant les choses fongibles dans la classe de celles qui font l'objet de l'usufruit, n'a fait que figurer l'usufruit proprement dit, en établissant le cautionnement, qui égale en quelque façon la propriété quant à la sûreté de l'héritier; c'est pour cela qu'on l'appelle *quasi-usufruit*, qui n'a lieu qu'autant que le testateur déclare expressément qu'il donne son argent et autres choses fongibles à titre d'usufruit; car autrement elles appartiennent irrévocablement à l'héritier, *leg. uti frui ff. si usuf. petatur in principio.*

§ III. Il est plusieurs manières qui mettent fin à l'usufruit; les principales et les plus ordinaires, sont la mort naturelle et civile de l'usufruitier,

fruitier, le grand et le moyen changement d'état, *ut. sup. tit.* 16, § 1er. *et* 3 (1), le non-usage pendant un certain tems, *per medium et tempus*, prescrit par la loi *an cod. leg.* 16, *de usuf. et arg. leg. si communem* § 10, *et leg. si quis alia ff. quem ad. fer. amitt.* Les autres manières d'éteindre l'usufruit sont, 1°. si l'usufruitier cède son droit au propriétaire, le seul en faveur de qui il puisse consentir une cession ; car il ne pourrait la faire proprement en faveur d'un étranger ; ou s'il la faisait, elle deviendrait inutile à l'égard de l'étranger, et ferait au contraire l'avantage du propriétaire, qui profiterait alors du dépouillement volontaire de l'usufruitier, pour réunir l'usufruit à sa propriété, *leg.* 66, *si ususfructus ff. de jure dotium*, parce qu'il lui appartient de droit, dès qu'il ne réside plus en la personne de l'usufruitier, à moins qu'il ne le donne à titre onéreux ; auquel cas l'usufruitier ne demeure pas alors entièrement dépouillé ; il est censé retenir devers lui le droit de l'usufruit, et ne transmettre que la faculté de percevoir, *dictâ leg.* 66, *ff. de jur. dotium*, faculté qui doit finir à sa mort, parce que son droit ne reçoit pas d'extension, le testateur n'ayant eu en vue de favoriser que sa seule personne, et voulant, qu'à son défaut, cette faveur passât aussitôt à l'héritier propriétaire exclusivement. Ainsi que le propriétaire peut recevoir la cession de l'usufruit, de même l'usufruitier, dans le sens contraire, peut acquérir la propriété de l'héritier ou de quelque autre (2). Cette réunion de l'usufruit à la propriété, est appelée *consolidation*, parce qu'on ne regarde comme propriété solide, que celle qui ne souffre point de déduction d'usufruit, *leg. à liberto, ff. de bonis liberis, et leg. Semproniâ*, § *penult. ff. de usu et usuf. et reditu*, etc. ; l'usufruit demeure alors anéanti par cette consolidation ; le légataire ne jouit plus comme usufruitier, mais comme véritable propriétaire, *leg.* 3, § 2, *ff. de usufruct. accres. et arg. legis*

(1) Autrefois l'usufruit s'éteignait même par le petit changement d'état ; ce qui a été abrogé par *Justinien*, dans sa constitution au code *leg. penult. de usuf.*

(2) Il n'en est pas de l'héritier comme de l'usufruitier ; l'héritier peut vendre à qui bon lui semble la propriété, avant même de jouir de l'usufruit, parce qu'il est à la place du testateur, et qu'il a les mêmes droits et la même liberté en tout ce qu'il lui a transmis.

17, *ff. quibus modis ususfruc. quia nemo re propria uti frui potest.*

2°. Si les maisons viennent à être entièrement consumées par un incendie, *leg. si cui insulae ff. de usuf.*; si elles viennent à s'écrouler par quelque tremblement de terre, ou par quelque autre évènement, comme le débordement des eaux, ou par quelque vice propre à l'édifice : dans tous ces cas, l'usufruit demeure aussi totalement éteint; en sorte qu'il ne subsiste pas même sur le sol qui reste après les ruines, encore moins sur les matériaux, *leg. 5, § 2, ff. quibus mod. ususf.*

§ IV. L'usufruit n'a pas plutôt entièrement pris fin, qu'il va se réunir à la propriété : dès ce moment, celui en qui résidait seulement le domaine direct, voit passer en ses mains les mêmes droits dont jouissait celui qui lui avait transmis le fonds : nous avons dit *entièrement pris fin*, parce qu'il peut ne s'éteindre que pour une partie, *v. g.*, *utendo nisi pro parte, ut ff. quibus modis, usuf. amitt. leg.* 14 *et* 25; il arrive aussi que s'il y a deux co-usufruitiers, la portion de l'un venant à s'éteindre, elle accroît celle de l'autre, *ff. de usuf. accres. leg.* 1ª., *§ penult.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nom. 18. En France comme à Rome, l'usufruit est une servitude personnelle; il comprend le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même; mais à la charge d'en conserver la substance, (article 578). Ce droit est établi, ou par la loi, ou par la volonté de l'homme (article 579); il est susceptible de toutes les conditions, quant au mode et à la durée de la jouissance; son objet peut être, soit un bien particulier, soit une universalité de biens, meubles, ou im-

meubles (1), ce qui est absolument conforme aux dispositions du droit romain.

Le législateur, après avoir fixé les droits de l'usufruitier sur les fruits naturels, industriels et civils, (*sect.* 1.re, *chap.* 1er., *tit.* 2, *liv.* 2 *du Code civil*), l'assujétit à certaines obligations; la plus essentielle, sans doute, est celle de donner caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif, (article 601): cette règle générale souffre cependant quelques exceptions; le père ou la mère ayant l'usufruit légal de leurs enfans, vendeurs ou donateurs, avec réserve d'usufruit, ne peuvent être tenus de donner caution; ne serait-ce pas leur faire injure que de présumer qu'ils pussent devenir coupables de dol ou de négligence? (*art. cod*): l'usufruitier est encore tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage (article 608); il est tenu des réparations d'entretien; les autres demeurent à la charge du propriétaire (art. 605, etc., etc., etc., etc. (*sect.* 1re., *chap.* 3, *liv.* 2 *du Code civil.*)

L'usufruit s'éteint en France de différentes manières; par la mort naturelle et civile de l'usufruitier, par l'expiration du tems pour lequel ce droit a été accordé, par la consolidation, par le non-usage pendant trente ans, et par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit a été établi (article 617): ces dispositions sont, comme on l'a vu, presque en tout conformes à celles du droit romain. Nous disons *presque*, par la raison que, selon ce dernier droit, le terme de la prescription était plus court, puisqu'il était fixé à dix ans entre présens, et à vingt ans entre absens; et que, selon la loi 5, *de usu et usufruct. et ret. ff.*, non-seulement la mort civile anéantissait l'usufruit, mais encore le petit changement d'état, etc., etc.

Parmi nous, l'usufruit peut encore cesser par l'abus que pourrait

(1) *Vide* le tribun Perreaut dans son rapport sur le *tit.* 3 *du liv.* 2.

faire l'usufruitier de sa jouissance ; c'est à la sagesse des juges que la loi s'en rapporte du soin de prononcer cette extinction ; à la charge toutefois par le propriétaire, de dédommager annuellement l'usufruitier (article 618), *(sect.* 3, *chap.* 1er., *tit.* 3, *liv.* 2 *du Code civil.)*

TITRE V.

DE USU ET HABITATIONE.

Ce que nous venons de dire au titre précédent, sur l'usufruit, peut être dit presque pour tout ce qui regarde ce titre, puisqu'on emploie pour ainsi dire les mêmes manières pour établir l'usage que pour établir l'usufruit, et qu'ils finissent aussi, l'un et l'autre, de la même manière.

Nous disons *pour ainsi dire*, parce qu'il y a cette différence, que l'usage ne peut, comme l'usufruit, *ff. de usufr. leg. usuf. ab initio*, être donné pour partie, *ff. de usuf. leg. ususf. pars.*; la raison en est que l'usage ayant été donné pour des alimens, on ne peut pas les recevoir pour une partie de la vie : de-là, l'une est une servitude individuelle, l'autre est une servitude susceptible de division.

L'usage ne finit point par le changement d'état, comme l'usufruit, par la raison portée dans la loi 10, *ff. de cap. minutis*, en ce qu'il consiste plus dans le fait que dans le droit, et que les alimens méritent toute la faveur du législateur.

L'usage regarde ce qui est strictement nécessaire à notre vie ; et l'usufruit, ce qui est nécessaire à notre subsistance et à notre agrément.

§ 1er. De-là nous voyons que les droits de l'un sont infiniment plus étendus que les droits de l'autre (1). Celui qui n'a que l'usage d'un fonds

(1) Il est cependant des cas où l'usufruitier et l'usager peuvent être assimilés, comme dans le legs d'une certaine somme d'argent, et de tout ce qui se consume par l'usage, *leg. hoc senatus-c. § fin. ff. de usuf. car. rer. ff. eod. leg. fundi et ff. eod. leg. divus Adrianus.*

Nota. L'on prétend par *l'argument* pris du § *si generaliter in fin. de leg.* et de la loi dernière *ff. de relig. et suprà fund.*, qu'une personne à qui on a légué d'un

n'a d'autre faculté que de prendre ce qu'il lui faut pour ses besoins journaliers, soit du froment, des légumes, des fruits, des fleurs, du foin, de la paille et du bois, etc., *leg.* 42, *ff. de usu et habit.*, pour lesquels besoins il lui est libre d'aller rester sur le fonds, sans toutefois se rendre incommode au propriétaire ni aux ouvriers préposés à la culture, *ff. leg.* 15, *eod.* § 10 : il ne peut vendre, louer, ni donner cette faculté, à moins qu'il n'en dispose en faveur du propriétaire exclusivement.

L'usufruitier, au contraire, perçoit sans ménagement tous les fruits ; il s'approprie généralement tous les avantages que peut procurer la chose qui fait l'objet de son usufruit ; tant que son droit dure, nul n'a rien à y prétendre ; il peut même le vendre, aliéner ou obliger, quand et à qui bon lui semble ; mais il ne peut le transporter à un autre à titre gratuit, par la raison que nous avons donnée au § précédent.

§ II. L'habitation est une autre espèce d'usage ; c'était un droit si personnel, que jusqu'à *Justinien* il s'étendait seulement à celui à qui il avait été légué, sans qu'il pût recevoir et loger un autre que lui, et sans pouvoir, à quelque titre que ce fût, céder ni transporter son droit. L'on était si fort esclave de ce principe, qu'à peine il fut permis dans la suite de donner l'hospitalité, et d'habiter avec sa femme, ses enfans, ses affranchis, ses parens, et autres personnes libres faisant les fonctions d'esclaves, comme les domestiques, dans la maison sur laquelle on avait droit d'usage, *leg.* 2, *ff. eod.* : par la même faveur, si ce legs est fait à une femme, elle doit jouir de la faculté d'y habiter avec son mari, et tout ce qui compose sa famille, *leg. non solum et non aliter ff. eod.*

§ III. Il en est de même du legs fait d'un esclave ; le service et l'utilité qu'il pourrait procurer par ses travaux, ne regardent que le légataire, et par extension, ses enfans et son épouse, suivant la

---

fonds l'usage suffisant à ses besoins, si un autre testateur postérieurement lui a aussi légué d'un autre fonds l'usage suffisant à ses besoins, n'a d'autre avantage que de choisir l'usage de l'un ou de l'autre fonds ; car il ne peut alors jouir des deux à-la-fois.

loi 12, § 5, *ff. de usu et habit.*, sans qu'il puisse, par la même raison, transférer, céder ni louer son droit à personne, à quelque titre que ce soit. Ce que nous venons de dire de l'esclave peut également s'entendre de l'usage des bestiaux, comme celui d'un cheval, d'une jument, d'un bœuf, etc. ; l'usager a le droit de s'en servir, pour tout ce que ces bêtes peuvent être capables de faire, *leg* 12, *eod.* § 3 et 4.

§ IV. Mais s'il s'agit de l'usage d'un troupeau, *v. g.* de brebis, suivant *Justinien*, l'usager n'a aucun droit ni sur le lait, ni sur les agneaux, ni sur la laine, par la raison qu'il entend que ces choses sont les véritables fruits, *ut sup. de rer. divis.* § 37 ; il prétend qu'il ne peut se servir que du fumier pour engraisser ses terres ; mais comme la raison qu'en donne *Justinien* se trouve totalement erronée, en ce que l'usage est censé devoir se prendre précisément sur ce qu'on appelle *fruits*, pourvu qu'on ne touche point au capital, comme on le voit dans l'espèce de l'usage sur un fonds de terre ; il demeure incontestable que l'usager doit avoir non-seulement le droit de profiter du fumier, mais encore du lait et de la laine, pour son nécessaire absolu ; ainsi que nous le donne à entendre *Ulpien, sur la loi* 12, *ff. hoc. tit.* § 2 ; et encore d'après ce qu'il dit plus haut dans la même loi, *versic. Sabinus et Cassius.* Les agneaux ne peuvent entrer dans l'usage, parce qu'ils doivent suppléer au capital, si quelque tête vient à manquer ; mais en tant qu'ils ne doivent point suppléer, nous pensons qu'ils doivent être réputés fruits, et donner aussi en ce cas quelque droit à l'usager.

§ V. En revenant à l'habitation, nous observerons que si on lègue, sans parler du droit d'usage, l'habitation ou l'usufruit d'une maison, soit par disposition de dernière volonté, soit entre-vifs, par donation, par contrat ou stipulation, *ut sup. tit.* 3, § 4, *liv.* 2, *et tit. suiv.* § 1er, l'on pense qu'il passe en la personne du légataire un droit propre qui, quoique tenant de l'usage et de l'usufruit, est cependant quelque chose de plus que l'usage et l'usufruit. Nous disons *plus que l'usage*, parce que celui-ci ne peut être loué, *ut sup. in principio*, et que l'habitation peut l'être, *cod. cod. leg antiquitas* Nous disons *plus que l'usufruit*, parce que ce droit propre ne s'éteint que par la mort, *ff. cod. leg. si habitatio*, et que l'usufruit s'éteint de plusieurs

autres manières, *sup. de usuf. § finitur.* C'est aussi dans ces vues que *Justinien*, en suivant l'avis de *Marcellus*, par sa constitution au code *leg. cum antiquitas de usu et habitatione*, a permis à ceux à qui on avait donné un droit d'habitation purement et simplement, non-seulement d'habiter la maison qui en fait l'objet, mais encore de la louer; nous observerons cependant qu'ils ne peuvent la céder à titre gratuit, *leg. si habitatio in principio ff. eod.*, parce que le legs du droit d'habitation étant regardé comme un legs d'alimens, *ff. de al. leg. legati*, ce serait s'écarter de la volonté du testateur, qui est censé n'avoir fait cette libéralité que dans le cas où on en eût besoin pour se substanter.

§ VI. Ce titre va finir par une digression servant à ce qui a été dit jusques ici dans ce livre, et à ce qui sera dit dans la suite. Nous croyons nous être assez étendus sur ce qui regarde les servitudes, l'usufruit, l'usage et l'habitation; et quoiqu'il convînt de parler des successions et des obligations, nous les laisserons encore, parce que nous croyons devoir les réserver pour un tems où il sera plus à propos de les traiter, *inf. de haeredibus instit. usque ad tit. inf. de oblig. et exinde usque ad tit de actionibus.* Nous avons sommairement démontré au titre *de la Division des choses*, les différentes manières d'acquérir par le droit des gens; nous allons voir maintenant les différentes manières d'acquérir légitimement, c'est-à dire en vertu du droit civil.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 19. L'usage et l'habitation s'établissent et s'éteignent de la même manière que l'usufruit. Ce principe des lois romaines est consacré par l'art. 625 du Code civil : les droits de l'usager et de celui qui a un droit d'habitation sont réglés par le titre qui les constitue (art. 628) ; ils sont tenus des mêmes obligations que l'usufruitier (art. 626) : telles étaient les dispositions du droit romain, et naturellement elles devaient trouver place dans notre législation.

Comme à Rome, l'usager n'a parmi nous qu'un simple droit d'usage

fonds ; il ne peut exiger des fruits qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins (art. 630); il ne peut ni vendre ni louer son droit (art. 631) : celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, mais il ne peut exercer ce droit par un autre (art. 632).

Par le droit Romain, l'usager qui consumait tous les fruits d'un fonds, ou qui occupait toute la maison dans laquelle il avait droit d'habitation, était tenu des frais de culture, des réparations d'entretien et des contributions ordinaires. Ces principes ont été entièrement consacrés par l'article 635 de notre Code : cette disposition est de toute justice ; elle est fondée sur la maxime *quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda; de reg. juris.*

TITRE VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

L'USUCAPION s'entend plus particulièrement pour les meubles, et la prescription pour les immeubles. Ces deux titres ont été introduits par le droit civil (1), pour servir de terme à une infinité de contestations, *ut ff. pro suâ leg. fin.*, et pour éviter que la propriété des choses fût continuellement exposée à être recherchée; ainsi, dès qu'il s'est passé un certain tems sans que personne vous ait querellé dans votre possession, la loi présume alors que vous jouissez de bonne foi, et que vous avez à juste titre l'héritage que vous possédez; elle vous autorise dans une paisible possession, sans autre preuve que la détention de la chose pendant le tems déterminé; à moins qu'un autre, se prétendant propriétaire, ne mette au jour votre fraude et votre mauvaise foi; car si la loi ne vous protège que parce qu'elle croit qu'il n'y a ni fraude, ni mauvaise foi, ni injustice dans votre exception, elle doit par conséquent cesser de vous protéger, dès qu'on lui démontre que votre titre est vicieux; dès ce moment on voit disparaître la cause, le motif qui l'engageait en votre faveur.

Le tems qu'on crut autrefois assez considérable pour que chacun pût s'appercevoir de ce qui manquait à son patrimoine et en poursuivre la restitution, fut fixé à un an pour les meubles, et à deux ans pour les immeubles; ce qui avait seulement lieu pour tout ce qui concernait l'empire d'Italie, *id est l'empire de Rome;* (car, dans les provinces conquises, il n'y avait que l'usucapion qui eût lieu), *ut eod. de usucap. transf.*; ce tems avait paru suffisant aux plus anciens jurisconsultes: si donc quelqu'un avait acheté de bonne foi, *ut ff. de contrah.*

(1) On entend par droit civil, la loi des douze tables, ou le droit romain, *ut sup. de jure nat. § sed jus.*

empt. leg. qui à quolibet ff. de verb. signif. leg. bono fid. emptor et ff. prop. leg. veriùs, un héritage, croyant bien sincèrement que le vendeur était véritablement le maître, et avait le pouvoir d'en transférer la propriété, soit par vente, donation, ou tout autre juste titre, *ut ff. de pub. leg.* 1ª. § *sed cur usque ad legem, cùm qui*, et qu'il en jouît avec bonne foi, savoir, pendant un an, pour les meubles ; et pendant deux ans, pour les immeubles. Cet espace de tems lui procurait un titre assez valide pour repousser toute action intentée contre lui.

Justinien trouvant que le tems donné par l'ancien droit était trop court pour les maîtres, exposés à être dépossédés presque sans qu'ils pussent s'en appercevoir, ce qui était assez contraire à la justice, *ut cod. de usuf. lege corruptionem et de præscript.* 30 *annor. leg. fin., Justinien*, dis-je, voulut changer cette première loi, soit quant au tems, soit quant au lieu, (ce bénéfice étant seulement accordé en Italie.) Il la transforma en une autre par sa constitution au code *de usucap. transformandâ*, et ordonna d'abord que l'usucapion n'aurait lieu pour les meubles que par l'espace de trois ans (1), et la prescription pour les immeubles que par une longue possession, c'est-à-dire, dix ans entre présens et vingt ans entre absens, tems qui doit être continu, *ff. cod. leg. nunquam* 2ª. § 1°; ce qui fut ordonné, non-seulement pour toute l'Italie, mais encore pour toutes les terres soumises à l'empire Romain ; toutefois sous cette modification, qu'on ne parviendrait à cette

(1) Pour la vente, la bonne foi est requise en deux tems, au tems du contrat et au tems de la tradition : dans les autres contrats, la bonne foi suffit au tems de la tradition ; la connaissance qui nous viendrait postérieurement ne saurait nous nuire, *leg.* 2 *et leg. penult. ff. hoc tit.* On excepte la pétition d'hérédité, parce qu'il ne s'agit ici que du fait d'un seul, c'est-à-dire de celui qui demande : si la cause qui l'engage à demander est mauvaise, quoique la croyant bonne, il n'a personne à inculper ; c'est son propre fait ; c'est lui-même qui s'est jetté dans l'erreur ; il n'a donc point d'excuse : au lieu que dans les autres cas, c'est un autre qui l'a induit en erreur ; c'est aussi pour cette raison qu'il mérite quelque indulgence, *ff. pro soluto leg. penult. et pro emptore leg.* 2, *cod. de usucap. transf. leg. unica* § *cùm autem ibi hoc tantummodò et ff. de petit. hæred. leg. sed et si* § *quod si ab initio.*

prescription, qu'autant qu'on commencerait à posséder sous une juste cause, c'est-à-dire avec un juste titre; car le titre est la cause de la possession : le titre étant juste, la cause de la possession doit être nécessairement juste : mais si le titre n'est pas juste, il faut trente ans pour prescrire contre le véritable maître, *leg.* 3 *et* 4, *cod. de præscrip.* 30 *vel* 40 *annor.*, à moins que ce maître ne sût que son bien était entre les mains d'autrui; il doit alors être privé de cette plus longue prescription, parce qu'en ce cas il est encore plus à blâmer à cause de sa négligence, *cod. de præscrip. leg.* 1ª. *authent. fidei.* La prescription de trente ans, dont nous venons de parler, a lieu quand bien même celui qui a un titre injuste, le transmettrait à un autre à titre de donation, de vente, etc.; quoique ce dernier fût de bonne foi, son auteur est censé lui avoir transmis en même-tems le vice du titre, *argum. leg.* 1ª, *cod. de præscrip. long. temp.*; il lui faudrait par conséquent le même espace de trente ans pour prescrire, au cas que, comme nous l'avons déjà dit, le véritable maître de la chose fût dans l'ignorance, et tout comme s'il était lui-même, à l'exemple de l'ancien possesseur, dans la mauvaise foi, *novell.* 119, *chap.* 7.

Les actions personnelles, suivant les constitutions de *Justinien*, avaient encore plus de faveur, comme l'action *de prêt*, *de commodat*, *de dépôt*, *de legs*, *de fideicommis*, *de tutelle*, et autres, comme *actio negotiorum*, *gestorum*, etc.; elles ne se prescrivaient pas par l'espace d'un long tems, c'est-à dire de dix et de vingt ans, mais par l'espace d'un très-long tems, *ut cod. leg.* 3, *sicut*, *de præscriptionibus*, 30 *vel* 40 *annor.*

Le long tems doit encore s'entendre d'une autre manière, dans un

---

Nota. Pour l'usucapion, il suffit d'avoir atteint le dernier jour du tems fixé pour la prescription : on recherche d'un moment à l'autre, *in usucapionibus ff. cod. et leg. in omnibus ff. de actionibus et obligat.*, par la raison qu'on souffre moins de préjudice par l'usucapion que par la prescription, qui devient par conséquent plus odieuse, *ut cod. de edict. divi Adriani toll. leg. fin. et ff. de lib. et posth. leg. cùm quidam.*

certain cas, suivant la *loi* 15, *si finita sit* § *non autem*, *ff. de damno infecto* (1).

§ Ier. Sur cette loi générale, il y a pourtant des exceptions à faire ; car il est des choses qui ne se prescrivent jamais et par aucun tems, même par l'espace de quarante ans, *cod. de præscrip. long. temp. quæ pro liber.*, *leg. fin.*, quelque soit d'ailleurs la bonne foi avec laquelle la possession a été commencée et continuée, comme les choses *sacrées*, *saintes* et *religieuses*, parce qu'elles sont hors du commerce, à moins qu'elles ne deviennent *profanes* ; ce qui arrive quelquefois, *ut ff. de relig. lege cùm loca*. Si quelqu'un a eu sa possession un homme libre le croyant esclave, ou un esclave fugitif, la prescription n'a pas lieu dans ce cas ; la loi des douze tables, en établissant la prescription en faveur des choses sacrées, en faveur de la liberté, l'a fait dans un esprit d'utilité publique, à cause des pertes que les hommes auraient pu souffrir, s'il avait été libre aux esclaves de s'enfuir et de se soustraire à la puissance des maîtres : un esclave fugitif ne peut être prescrit qu'en un seul cas, savoir, lorsque s'étant mis en la possession de quelqu'un, ce possesseur le fait passer sous la main d'un autre : ce dernier, à cause de sa bonne foi, fait courir sur sa tête le laps de tems, *arg. leg.* 2, *cod. de præscript.* 30, *vel* 40 *annor.* L'esclave fugitif ne peut acquérir lui-même la liberté par la prescription, parce que, tant qu'il reste en fuite, le maître est toujours censé le posséder *animo*, dans l'espérance où il est de le retrouver, *leg.* 15, *ff. de acq. poss.*, *leg.* 1, *ff. de acq. poss.*, à moins que, jouissant depuis longtems de la liberté, il ne se fasse déclarer libre par le juge, *leg.* 3, § *si servus quem ff. de acq. poss.*, et que le maître ne laisse écouler un long tems sans réclamer contre cette liberté, c'est-à-dire, pendant dix ans, *arg. leg.* 16, *vers. aristo.*, *ff. qui et à quibus manum.* Celui entre les mains de qui il va se mettre en possession, ne peut faire courir l'usucapion, à cause de sa mauvaise foi, parce qu'il ne peut ignorer que cet esclave n'appartienne à quelqu'un, dès qu'il n'est pas libre, à moins que, se disant libre, il ne lui ait acheté la liberté. Il est pourtant un cas où un

(1) Ce § concerne les biens vacans ou abandonnés : la possession ne doit commencer qu'après un tems donné au maître pour réclamer.

esclave fugitif peut lui-même acquérir la liberté par la prescription. Si une femme enceinte s'enfuit, l'enfant qui en naîtra, croyant sa mère libre, pourra acquérir la liberté par l'usucapion.

§ II. Les choses volées, ou dont on s'est mis en possession par la voie de la violence (1), entrent aussi dans la même exception ; elles ne se prescrivent point pendant l'espace du long tems, c'est-à-dire, dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, *ut sup.*, § 1, dans quelque bonne foi que se trouve celui sur la tête de qui court le laps de tems. Ces choses ont plusieurs lois en opposition ; la loi des douze tables, ainsi que la loi *Attilia*, dont il est parlé sur la fin de la loi 215, *ff. de verb. signif. et leg.* 4, § *quod autem*, *ff. de usurp. et usuc.*, prohibent la prescription des choses volées, et la loi *Julia et Plautia*, celle des choses dont on s'est mis en possession par violence, *leg.* 33, § *si dominus fundi*, *ff. de usurp. et usucap.*

Mais ces choses sont mises au nombre des actions personnelles, *familiae erciscandæ communi dividundo, finium regundorum, pro socio, etc., lege omnes, et lege sicut in rem, cod. de precrip.* 30 *ann.*, *vel* 40 *annor.*, qui durent trente ans, s'il n'y a pas eu d'interruption, c'est-à-dire, s'il n'y a pas eu de demande formée, ni d'instance commencée (2) ; car, s'il y a eu interruption à laquelle on ait ou on n'ait pas donné des suites, elle proroge la prescription jusqu'à quarante ans, *leg.* 1ª., § *ad haec cod. de annal. excep., et leg.* 9, *cod. de praescrip.* 30, *vel* 40 *annor.* ; autrement, à proprement parler, il n'y a parmi les actions personnelles que la seule action hypothécaire, pour laquelle il faille quarante ans pour prescrire contre son créancier, *leg.* 1, § *ad. haec cod. de*

---

(1) Il y a plusieurs espèces de violences, 1°. l'*expulsive*, lorsque quelqu'un est dépouillé d'un immeuble ; 2°. l'*ablative*, lorsqu'on enlève à quelqu'un une chose mobilière ; celles-ci interrompent la prescription et l'usucapion ; 3°. la *compulsive*, lorsqu'on oblige quelqu'un d'aliéner son bien par force ; 4°. l'*inquiétive*, lorsque deux personnes prétendent à une même possession. Ces dernières n'empêchent point le laps de tems, *glosâ in leg.* 1ª. *cod. quod metus.*

(2) Il en est de même s'il y a eu entre parties des contestations qui soient connues de plusieurs personnes, et dont on puisse faire preuve, *ut leg.* 1. *cod.* § *ad hœc de annal. excep.*

annal. except.; autrement l'hypothèque contre les tiers détenteurs n'est que de dix et de vingt ans, *cod. si advers. credit. praescrip. opponantur.*

§ III. Il faut observer que, lorsque les lois prohibent la prescription d'un long tems pour les choses volées et possédées par violence, elles n'entendent point seulement parler des auteurs du vol ou de la violence ; le fait est à leur égard sans difficulté, par la seule raison qu'il y a toujours mauvaise foi ; mais elles entendent principalement parler de ceux qui les auraient acquises de bonne foi, à quelque titre que ce fût : car le législateur, ayant toujours en vue l'intérêt public, a voulu du moins compâtir au sort des malheureux qui se trouveraient exposés à la perte de leur bien, en prologeant en leur faveur le tems qui doit servir d'exception, au préjudice même des possesseurs de bonne foi : de-là vient que ceux-ci ne peuvent facilement acquérir des choses mobilières par l'usucapion, puisque celui-là est toujours coupable de vol, qui fait passer en d'autres mains, à titre de vente ou autre, une chose qu'il sait ne pas lui appartenir : ce qui a tout le caractère d'une chose volée, qui devient par conséquent sujette à la prescription, dont nous avons parlé au § précédent : ce qui nous fait dire qu'il n'est pas facile au possesseur de bonne foi de voir parfaire sur sa tête la prescription des choses volées, dès qu'il faut un si long tems, et qu'il est d'ailleurs rare qu'on garde de bonne foi une chose mobilière pendant trente ans, sans qu'elle soit réclamée du véritable maître.

§ IV. Il est pourtant des cas où celui qui livre une chose qui ne lui appartient point, peut être de bonne foi : par exemple, si un héritier trouve une chose qu'il croit faire partie de l'hérédité, mais dont cependant le défunt n'était que le *commodataire*, le *locataire* ou *dépositaire*,

---

Nota. Lorsque la possession a été vicieuse dans son commencement, on ne prescrit pas même par l'espace de trente ou quarante ans, *leg.* 3 *et* 4; *cod. de presc.* 30 *vel* 40 *annor.*

Nota. Outre les prescriptions dont nous avons parlé, on connait encore l'*immémoriale*, *ut auth. quas actio ego cod. de sacrosanct. eccles.*

et qu'il la vende, ou la donne, ou en dote quelqu'un, il n'est pas douteux que celui qui la reçoit ne fasse courir sur sa tête la prescription ordinaire pour les choses mobilières; car on ne peut point dire que cette chose soit infectée du vice du vol, puisque l'héritier est dans la bonne foi, et qu'il ne l'a livrée que parce qu'il a cru réellement qu'elle lui appartenait : ce qui n'a pu le rendre coupable d'un crime, pour lequel il faut la volonté et la connaissance. L'héritier, quoique de bonne foi, ne pourrait pourtant la prescrire, parce qu'étant exactement à la place du défunt, il ne peut faire ce que le défunt n'a pu faire ; il est présumé avoir succédé à une mauvaise foi, *ff. de publi.*, *leg. si ego*, *§ partus.*

§ V. Par la même raison, si celui qui a l'usufruit d'un esclave, croyant que le part doit y faire suite et lui appartenir, vend ce part ou le transmet à un autre, à quelqu'autre titre, l'erreur de droit où il est, *suprà*, § 37, *de rer. div.*, le soustrait au crime de vol, dont il serait autrement coupable : erreur qui le constitue en bonne foi ; car on ne commet point de vol, si on n'a l'intention de voler, *inf. de oblig. quae ex delict. nasc.*, § *placuit.*

§ VI. Il est bien d'autres manières qui peuvent induire à transférer à un autre une chose qui ne lui appartient point, sans qu'elles puissent être dites infectées du vice du vol, et qui donnent aussi lieu au possesseur, au pouvoir de qui on les fait passer, de faire courir sur sa tête le laps de tems déterminé par la loi pour les choses non volées.

§ VII. Il est aussi pour les immeubles des manières de transférer les héritages d'autrui, sans qu'ils puissent être au nombre des choses usurpées, ou dont on s'est emparé par violence : manières qui font que le tems pour les prescrire, n'est pas plus long que pour les autres choses non suspectes d'usurpation ni de violence, parce que, quoiqu'il y ait de la mauvaise foi, il n'y a dans le fait ni usurpation ni violence ; comme si quelqu'un profite de la longue absence, ou de la négligence, ou de l'oubli d'un propriétaire, ou de ce qu'il est mort sans successeur, ou bien qu'ayant laissé des héritiers, sa succession ait été répudiée, *ut ff. de acq. poss. leg. cùm et leg. si quis vi*, § 1°. *et § differentia*, *ff. de damno infecto*, *leg. si finita*, *§ non autem*, *leg. furtum*, § 1 *cod. et leg. quemadmodum*, *ff. de acq. poss.*, pour se mettre en possession d'un bien qu'on laisse

vacant

vacant (1), et par conséquent sans culture : possession à laquelle personne ne s'oppose en ce cas, quoiqu'il y ait mauvaise foi de la part de l'occupant, et qu'il ne puisse par lui-même prescrire, parce qu'il sait fort bien s'être emparé d'un fonds qui appartient à autrui; en ce cas, dis-je, s'il le transmet à quelqu'un qui en ignorera le vice, croyant de bonne foi le tenir du véritable propriétaire, le fonds pourra être prescrit par le laps d'une longue possession, c'est-à-dire de dix et de vingt ans, par la raison que la chose qui est passée en ses mains n'est ni proprement furtive ni proprement possédée par violence; car on ne peut prendre furtivement un immeuble qui est exposé aux yeux de tout le monde : elle n'est point possédée par violence, puisque personne ne s'est opposé à cette occupation : de-là vient qu'on s'est écarté du sentiment des anciens jurisconsultes, qui pensaient que les immeubles étaient susceptibles de vol : il a été d'ailleurs assez pourvu à l'avantage des possesseurs d'immeubles avec bonne foi, par les différentes constitutions des empereurs, renfermées au titre *de præscrip. longi temporis*, au code, et *de præscrip.* 30 *vel* 40 *annor.*, qui les met à l'abri des poursuites qu'on pourrait faire au préjudice d'une longue possession continuée sur leurs têtes, sans qu'il se fût élevé de doute sur leur qualité de véritables propriétaires.

§ VIII. Ce n'est pas à dire qu'une chose une fois volée, ou possédée par force, soit de nature à devoir demeurer toujours infectée du vice, et rester par conséquent toujours imprescriptible. Ce vice peut être purgé, et dès-lors la chose rentre dans l'ordre ordinaire, comme si elle revient, à titre irrévocable (2), au pouvoir du véritable propriétaire ou de

---

(1) On divise l'état des choses en trois manières; 1°. *locus plenus ut quid possidetur*; 2°. *locus semi-plenus*, lorsqu'on commet quelque chose à la garde de quelqu'un, pendant discussion ou procès, *ff. de acq. poss. et leg.* 3, § *fin. et de act. empt. leg.* 2, § 10, ou en attendant que la délivrance soit ordonnée; 3°. *locus vacuus*, lorsque nous ne savons point où est la chose que nous possédons, lorsque nous possédons par les autres, *v. g. per colonos*, *inquilinos*, *servos*, etc., lorsque nous ne possédons qu'en esprit, *animo vel civiliter*, *leg.* 25, *ff. de acq. vel. amitt. poss.*

(2) Nous disons *à titre irrevocable*, *cùm possessionem ejus rei sublatæ nactus sit dominus justè ut ei alli non possit*, dit la loi 4, § *tunc in potestatem ff. de eod. et leg.* 13, § *desinere autem ff. de verb. signif.*, parce qu'une possession momentanée ne suffirait pas

celui qui tient sa place, qu'on appelle quasi-propriétaire, *quasi-domini*, comme le tuteur, le curateur, etc.

Pour que le vice soit purgé, il faut que le maître sache que la chose qui rentre en son pouvoir, était une chose qui lui avait été volée, *leg. si ad dominus* 88, *ff. de furtis et leg.* 7, *qui fundum*, *ff. pro empto*, § *furt. res.* En ce dernier cas, il suffit que les administrateurs légitimes soient instruits que la chose volée est rentrée dans les biens qu'ils gèrent, parce qu'ils représentent le pupille, et qu'il en est de même que s'il en avait une pleine connaissance, *leg.* 4, § *si pupilli*, *ff. eod.*

§ IX Ce qui tombe sous le domaine du fisc, c'est-à-dire, de l'empire, ne peut être sujet à la prescription de *trois*, de *dix* ou de *vingt* ans (1), à moins qu'il ne demeure pas encore instruit que ces choses lui appar-

---

pour purger le vice comme dans le cas du § *si dominus fundi*, *leg.* 4, *ff. cod.*, où le maître s'est mis en possession par voie de fait ; la chose volée n'est pas censée être rentrée en son pouvoir, puisqu'on a pu agir contre lui par l'action *unde vi* pour rentrer en possession, *et leg.* 22, *ff. de acq. vel. amitt. poss. leg.* 1.ª *in fin. et leg. seq. ff. de condict. triti.*

(1) Les choses qui appartiennent au prince ou à une ville, ne sont pas non plus sujettes à la prescription ordinaire, *cod. de rei domin. vel templo. leg.* 1ª. *et cod. de sacrosanct. ecclesiis l. g. fin.* ; elles se prescrivent pourtant par l'espace de *quarante ans*, tout comme ce qui regarde les tributs, *leg.* 6, *cod. de præscrip.* 30 *vel* 40 *annor.*, excepté les meubles ecclésiastiques et non sacrés, qui se prescrivent par trois ans, *cod. de præscrip.* 30 *annor. leg. omnes et novell.* 131, § *pro temporalibus et novell.* 111 ; les choses destinées à un usage public, *ff. de via publica*, *leg. viam* ; les choses d'un pupille, *de acq. rer. dom. ff. leg. bona fid. in fin.* ; les biens *adventices* du fils, aliénés par le père, qui ne peuvent se prescrire que par trente ans, à compter du tems qu'il devient père de famille, *cod. de annal. except. leg.* 1ª. *in fin. et novell.* 22, § *si verò expectat.* : ce qui a été donné, au mépris de la loi *Julia repetund.*, au proconsul, gouverneur, ou préteur, n'est point aussi sujet à la prescription, *leg.* 8, *ff. ad leg. Julian. repetundarum* ; il en est de même du fonds dotal, *ff. de fundo dotali*, *leg. si fundum*, à moins que la prescription n'eût commencé avant qu'il devînt dotal.

On connaît aussi une prescription qu'on nomme *immémoriale* ; elle est acquise par cent ans ; car, quoique les biens de toutes les églises se prescrivissent par l'espace de *quarante ans*, néanmoins ceux de l'église Romaine jouissaient de ce privilége, qu'ils ne se prescrivaient que par *cent ans*, *novell.* 131, *chap.* 6, *et cod. de sacros. ecclesiis leg.*, 20, *authent. quæ sanctiones.*

tiennent ; jusques-là, il n'est pas censé en avoir fait l'acquisition, quoique cependant elles entrent de droit dans son patrimoine, tout comme les biens vacans; elles ne passent en la propriété du fisc, qu'après la dénonce qui peut se faire de plusieurs manières, *de jure fisci in ppio*, *leg* 1^a., et après qu'elles ont eté confisquées : c'est pourquoi, selon que *Papinien* l'a consigné dans ses écrits, si quelqu'un achete de bonne foi quelqu'une de ces choses, et que la tradition lui en ait été faite par celui qui s'en était mis en possession, rien n'empêche qu'il ne fasse courir sur sa tête la prescription ordinaire de *dix* ou de *vingt* ans : c'est aussi le sentiment des empereurs *Pie*, *Sévère* et *Antonin* : l'on prescrit encore contre le fisc, si *quatre ans* après la dénonce, il ne s'est pas mis en possession, c'est-à-dire, depuis qu'il demeure assuré qu'il n'y a ni héritier ni possesseur légitime des biens; et par l'espace de *vingt* ans, à compter du jour auquel la chose à commencé de faire partie du patrimoine du fisc, *leg.* 1, *§ divus Pius*, *ff. de jur. fisci et leg. intra*, § 10, *ff. de divers: et temp. præscrip.*

§ X. Généralement parlant, pour que l'acquéreur possède de bonne foi, ou que celui qui possède à quelque autre juste titre, puisse prescrire, la chose a dû être telle, lorsqu'elle leur a été transmise, qu'elle n'ait été infectée d'aucun vice, parce qu'autrement le vice passe avec la chose, *leg.* 13, *ff. § cùm quis*, *ff. de acq. vel amitt poss.* C'est pour cela, comme nous l'avons déjà dit au commencement de ce titre, qu'on prolonge alors, à cause du vice, le tems de la prescription, même à l'égard des possesseurs de bonne foi.

§ XI. L'erreur dans la fausse cause de possession, c'est-à-dire, dans le titre qu'on a cru bon, quoique mauvais, n'excuse pas pour produire la prescription, soit que l'erreur soit de droit, comme lorsqu'on achete d'un pupille, sans l'autorité du tuteur, ignorant que l'intervention de celui-ci était nécessaire; néanmoins, quand le tuteur approuverait la vente dans la suite, ce défaut d'autorité primitive nuit à la prescription, *leg.* 31, *in ppio. hoc tit.* Il en est de même de l'erreur de fait, comme si quelqu'un croit posséder quelque chose à titre d'achat, n'ayant pourtant pas acheté, ou à titre de donataire, sans qu'il y ait eu de donation : dans tous ces cas, la prescription ne peut avoir lieu, quoique l'erreur où l'on a été constitue dans la bonne foi. Il est pourtant des circonstances où l'erreur

de fait profite et peut donner lieu a l'usucapion ; comme si quelqu'un me lègue une chose par testament, et qu'il me prive ensuite de ce legs par un codicille ; ignorant ce nouvel acte, j'entre en possession, en vertu du testament, *ut ff. pro emptore*, *leg.* 11, *pro dote*, *leg.* 4, *pro soluto*, *ff. leg.* 3, *pro suo*, *ff. leg. hominem.* On peut dire généralement que l'erreur est nuisible, toutes les fois qu'indépendamment, et sans l'entremise de personne, elle nous est propre et favorable dans le sens contraire.

§ XII. On doit remarquer ici, qu'une possession continue, qui avait commencé de courir utilement sur la tête du défunt, sert et peut finir de se completter sur la tête de l'héritier par le *droit civil*, et du possesseur des biens en vertu du droit *prétorien*, malgré qu'ils demeurent instruits que le défunt, quoique de bonne foi, n'en était pas le véritable propriétaire ; comme dans le cas où le défunt eût commencé de posséder un fonds qu'il avait acheté de bonne foi, de quelqu'un qu'il croyait être légitime propriétaire : ce juste commencement de possession sert au successeur, pour la possession ordinaire de trois, de dix et de vingt ans, *ut ff. qui et à qui*, *leg. si cùm fidei*, § *aristo sup. eod. ppio*, *et cod. cod.*, *leg. diutura* : ce qui est bien différent dans le sens contraire ; car, si la possession a commencé avec un mauvais titre ; savoir, si le défunt était instruit que le fonds lui avait été transmis par quelqu'un qui n'en était pas le véritable maître, quoique ses successeurs fussent dans la bonne foi, et qu'ils ignorassent que le fonds fût, par le défunt, possédé de mauvaise foi, ils ne pourraient valablement prescrire ; car cette manière d'acquérir demande en principe un juste titre, *ut in ppio. hujus tit. in fine.* Il faut alors, pour être maintenu dans la possession, avoir fait courir la prescription extraordinaire, établie pour le cas auquel on a commencé de posséder avec un mauvais titre ; elle s'acquiert par *trente ans*, *ut in ppio. hujus tit.* : ce qui doit être observé tant pour la prescription des meubles que des immeubles, lorsqu'on veut faire suivre les tems et les réunir pour former le laps déterminé. C'est ainsi que *Justinien* l'a établi par sa constitution au code *de transf. usucap.*, *leg. unica.*

Suivant le sentiment des empereurs *Sévère* et *Antonin*, la même réunion des tems doit avoir lieu à l'egard du successeur à titre particulier, *v. g.*

entre le *vendeur* et *l'acheteur*; mais avec cette différence, que la bonne foi doit se trouver également dans l'une et l'autre des parties, *ut ff. pro empt., leg.* 2ª., § *si eam rem*. Si la possession du vendeur était vicieuse, elle ne pourrait servir à l'acheteur pour la joindre avec la sienne, *leg.* 13, § 3 *et ult.*, *ff. de acq. vel amitt. poss.* Il pourrait pourtant prescrire de son chef par dix ou vingt ans, s'il était de bonne foi, *leg.* 5, *ff. de diver. praescrip.* L'acquéreur ne peut aussi prescrire, si le commencement de sa possession a été accompagné de mauvaise foi, quoique la possession du vendeur eût commencé de bonne foi; et cela, parce que l'acheteur est devenu maître à titre particulier; il ne représente point la personne de son auteur, comme l'héritier : ainsi, pour savoir s'il peut ou non prescrire, il faut examiner le commencement de sa possession; il en est de même des autres possesseurs à titre particulier : au lieu que dans l'héritier, la bonne foi du défunt suffit pour faire courir la prescription ordinaire; la raison vient de ce que, quand bien même l'héritier n'accepterait point l'hérédité, la prescription ne cesserait pas pour cela de suivre son cours : l'hérédité d'elle-même accomplirait le laps de tems, *leg.* 31, § *vacuum*, *ff eod.* L'héritier demeure entièrement identifié avec la personne du défunt; l'intention et la connaissance de l'un ne doivent pas aller au-delà de celle de l'autre, parce qu'ils ne forment qu'une seule et même personne, *ut novell.* 48, *in ppio. versic. cùm utique*, *et leg. pro empt.*, *leg.* 2., § *si eam rem*, § *seq.*, *leg. haeredem* 59, *ff. de reg. jur.*; conjonction qui a lieu entre le défunt et l'héritier, tant pour l'avantage que pour le préjudice, *leg. si quis* 18, § 1, *ff. quemadmodum servit. amitt.* : au lieu que, dans l'autre cas, l'acheteur et le vendeur, formant deux personnes distinctes, et par conséquent ayant deux différentes volontés, elles ne peuvent se réunir, que lorsqu'elles se trouvent l'une et l'autre également justes. Ainsi, toutes les fois que le possesseur à titre particulier veut joindre à sa possession celle de son prédécesseur, qui était dans la mauvaise foi, il faut l'espace de *trente ans*, *arg. leg.* 1, *cod. de praescrip. long. temp.*, § *malae fidei*, *et leg.* 13, *ff. de acq. vel amitt. poss.*, § *cùm quis* : si au contraire il veut prescrire de lui-même, sans avoir recours à la mauvaise possession de son auteur, il peut prescrire dans l'espace de *dix* ou de *vingt ans*; alors la mauvaise foi, dans la possession de son prédécesseur, ne lui nuit pas pour prolonger le laps de tems, parce qu'il ne s'en sert point,

leg. 5, *ff. de div. temp. praescrip.*, à moins qu'il ne fût lui-même de mauvaise foi lors du commencement de sa prescription : dans ce cas, il faudrait, avec la mauvaise possession du prédécesseur, *trente ans* pour prescrire : il en serait de même si le prédécesseur était de bonne foi, et que le successeur fût de mauvaise foi : ce qui pourrait arriver, si ce dernier, avant de posséder, avait connu le vice de la possession de son prédécesseur ; auquel cas il faudrait encore avoir recours à la prescription extraordinaire, qui est de *trente ans*, *authent. malae fidei*, *leg.* 1, *cod. de praescript. longi temporis* (1).

§ XIII. Il était enfin une autre espèce de prescription établie par un édit de l'empereur *Marc*, dont il est question en la loi 3 au Code *si adversùs fiscum*, qui portait que celui qui achetait du fisc une chose qui ne lui appartenait pas ; si le véritable propriétaire laissait écouler *cinq années*, à compter du jour de la vente, sans réclamer, il pouvait être repoussé par la force de la prescription *quinquenniaire* ; mais l'empereur *Zenon* trouvant qu'il était injuste qu'un homme qui aurait acheté du fisc pût être dépossédé après un certain tems, ordonna par sa constitution *au cod. de quad. praescrip. leg. omnes*, que ceux qui tiendraient du fisc quelque héritage, soit à titre de vente, de donation, ou autre, demeureraient aussitôt stables dans leur paisible possession, et qu'au cas de trouble, ils auraient toujours gain de cause, soit en demandant, soit en défendant, sauf à ceux qui auraient quelque action à intenter à raison de la propriété ou de quelque hypothèque sur les biens aliénés par le fisc, d'agir dans l'espace de *quatre ans* pour toute préfixion de délai contre *le procureur de l'empereur*, ainsi appelé à cause de la jurisdiction qui lui était attribuée pour cela, *leg.*

---

(1) Voyez ce que nous avons dit ci-dessus au commencement de ce titre, où il est parlé d'une modification en punition de la négligence, lorsque le véritable maître demeure instruit que son bien est entre les mains d'autrui.

Nota. La bonne foi pour prescrire n'est requise par le droit civil, qu'au commencement et au tems de l'acquisition ; la connaissance qui vient dans la suite, et qui constitue en mauvaise foi, n'interrompt pas le cours de la prescription, *leg.* 2 *et leg. penult. ff. hoc tit.*

2, *cod. de quadriennii praescrip. Justinien*, à l'exemple de l'empereur *Zenon*, par sa constitution au Code *de quadr. prescip.*, *leg.* 3, voulut que tout ce qui avait été établi par l'empereur *Zenon* pour les aliénations qui regardaient le fisc, eût lieu aussi pour tout ce qui regardait le patrimoine qui lui était propre (indépendamment de l'empire) ainsi que celui qui appartenait à l'impératrice : cette prescription *quadriennaire* n'a pourtant pas lieu en certain cas, pour l'explication desquels nous distinguerons; lorsque le fisc vend quelque chose comme sienne, ou lorsqu'il la vend en qualité de créancier, comme si l'on n'avait pas payé les charges, tributs ou autres rétributions annuelles: s'il la vend comme sienne, les mineurs, les absens pour les affaires de la république, les captifs et autres, etc., peuvent faire rescinder la vente après les *quatre ans*, *ut cod. de restitut. milit.*, *leg.* 5 : s'il la vend comme appartenant à autrui et en qualité de créancier du propriétaire, cette vente doit se faire sous trois conditions; savoir, 1°. qu'il demeure constant que la somme est due; 2°. qu'il y a cessation de paiement; 3°. que les proclamations et autres solennités prescrites ont été observées; autrement, par le défaut d'une de ces choses, la vente peut être résolue après les *quatre ans*, non-seulement en faveur des mineurs, mais encore des majeurs; avec cette différence que, quoique tout ait été exactement observé à l'égard de la vente des biens des mineurs, ils peuvent également se faire restituer, si leur héritage n'a pas été vendu son juste prix, *leg.* 3, *cod. si advers. fiscum*, *leg.* 2ª. *et* 3ª., *cod. si propter publicas pensationes*, *leg.* 16, *cod. de rescind. vend. leg.* 9 *ff. de rescind. vend. et leg.* 1ª., 2ª *et* 6ª., *cod. de fide et jure haest. fiscal.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nombre 20. La prescription est un moyen pour acquérir la propriété, ou par lequel on se libère. Les titres sont sujets à s'altérer ou à s'égarer par le laps du tems; c'est pourquoi on avait introduit à Rome le secours de la prescription : le code civil a presqu'entièrement consacré les anciens principes; ainsi on peut acquérir ou se libérer en France par la prescription,

sous les conditions déterminées par la loi (art. 2219.) La prescription est un droit, on n'y peut renoncer qu'après l'avoir acquis, (art. 2220.)

Cette renonciation, comme toutes les autres, peut être expresse ou tacite (art. 2221.)

A Rome, on ne pouvait prescrire, même après avoir possédé de bonne foi pendant un tems immémorial, les choses qui n'étaient point dans le commerce; il en est de même parmi nous, le domaine de ces choses est imprescriptible (art. 2226.)

Par le droit romain, la prescription ne courait point contre le fisc: en France, au contraire, la nation, les établissemens publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers (art. 2227.)

Les lois romaines exigeaient plusieurs conditions pour que la prescription eût lieu; les principales étaient la bonne foi au tems de la tradition de la chose; 2°. une possession fondée sur un juste titre translatif de propriété, comme l'échange, la vente, etc.; 3°. une possession continue sans interruption pendant tout le tems défini par la loi. De même en France, un juste titre est nécessaire pour prescrire; celui qui serait nul par défaut de forme, ne peut servir de base à la prescription des immeubles (article 2267.) La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver, (art. 2268); il ne suffit pas cependant que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition, (art. 2269), pour prescrire, il faut encore posséder, et cette possession doit être continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire, (art. 2229.)

Lorsque le tems nécessaire pour prescrire est écoulé, la loi ne voit plus, d'une part, *qu'un possesseur qui a joui pendant un long tems d'une propriété absolue et de tous les avantages qu'elle produit;* et d'autre part, *qu'un titre de propriété resté inutile pendant le même espace de tems*: un doute s'élève alors à-la-fois, a dit le conseiller d'état *Bigot-de-Préameneu* (1), et contre le possesseur qui ne produit pas de titre, et contre celui qui représente un titre dont on ne peut présumer qu'il

(1) Dans ses motifs sur la loi du 24 ventôse an 12.

n'eût

n'eût fait aucun usage, s'il n'y eût été dérogé ou s'il n'eût pas consenti que le possesseur actuel lui succédât; la loi, dans ce cas, présume que celui qui a le titre a voulu perdre, remettre ou aliéner ce qu'il a laissé prescrire, *melior est causa possidentis.*

Chez les Romains, on ne pouvait prescrire les choses volées ou possédées par violence : parmi nous, ces actes ne peuvent fonder aussi une possession capable d'opérer la prescription, (art. 2233); la chose fût-elle d'ailleurs passée à titre d'achat ou autre, entre les mains d'un possesseur de bonne foi.

Il est des causes qui empêchent la prescription, qui en interrompent ou qui en suspendent le cours; ainsi, dans la première classe, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et l'emprunteur ne peuvent prescrire, par la raison qu'ils détiennent précairement et qu'ils possèdent pour autrui, (art. 2236), (chap. 3, tit. 20, liv. 3 du Code civil.)

Dans la seconde classe, il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose par l'ancien propriétaire ou par un tiers, (art. 2243); il y a interruption civile par une citation en justice, un commandement ou une saisie signifiée au possesseur, (art. 2244) (sect. 1re., chap. 4, tit. 20, liv. 3 du Code civil.)

Dans la troisième classe, les mineurs et les interdits ne peuvent souffrir de la prescription, elle ne peut courir à leur préjudice, (art. 2252); il en est de même des époux, l'un ne peut prescrire au préjudice de l'autre, (art. 2253) (sect. 2, chap. 4, tit. 20, liv. 3 du Code civil.)

La prescription se compte par jours, et non par heures; elle est acquise, lorsque le dernier jour du terme est accompli, (art. 2260.)

En France, comme chez les Romains, pour completter le tems de la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, (art. 2235); c'est ce qu'on nommait à Rome accession de la possession.

Par l'ancien droit, chez les Romains, on avait senti la nécessité d'admettre un terme après lequel on ne pût pas même opposer au possesseur l'exception de sa mauvaise foi; ce terme était de *trente années.* Le Code civil a consacré cette règle pour toutes les actions, tant réelles que personnelles, (art. 2262.)

Lorsque la législation fut simplifiée à Rome par *Justinien*, il fut établi un mode général de prescription ; le terme demeura fixé, pour les immeubles, *à dix ans entre présens*, et *à vingt ans entre absens*, avec titre et bonne foi : de même, en France, celui qui acquiert de bonne foi, et par juste titre, un immeuble, en prescrit la propriété par *vingt ans*, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel, dans l'étendue duquel l'immeuble est situé ; et par *vingt ans*, s'il est domicilié hors dudit ressort, (art. 2265.)

Par un motif de sagesse et de prévoyance, le législateur a voulu que le propriétaire ne fût point considéré comme présent, lorsqu'il a eu en différens tems son domicile dans le ressort et hors du ressort : dans ce cas, on doit ajouter à ce qui manque aux *dix ans* de présence, un nombre d'années d'absence double pour completter les *dix ans* de présence, (art. 2266.)

Par le droit romain, les meubles se prescrivaient par trois ans : en France, en règle générale, la possession vaut titre ; néanmoins, celui qui a perdu, ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant *trois ans*, à dater du jour de la perte ou du vol, (art. 2279.)

Il est encore quelques prescriptions particulières, qu'on ne trouve point dans le droit romain, et qui ont été introduites par notre code ; leurs différentes classes sont contenues dans la section 4 du chap. 5 du tit. 20, liv. 3 du code civil, à laquelle nous renvoyons.

TITRE VII.

DE DONATIONIBUS.

La donation est encore une manière d'acquérir *par le droit civil.*

Nous disons *par le droit civil,* quoique ce ne soit pas précisément de ce droit qu'elle tire son origine ; car elle commença à être mise en usage dans le premier état de nature, en vertu du *droit des gens.* Le droit civil l'a néanmoins consacrée, et y a ajouté, en ce qu'en premier lieu elle ne s'exerçait que par la tradition, *ut sup. de rer. div.*, § 40, et qu'elle s'exerça dans la suite par stipulation : ce qui fut changé encore par la constitution de *Justinien*, au code *de donationibus*, *leg.* 35, § *sin autem hoc.* Il fut alors établi que la donation serait valable par simple pacte, c'est-à-dire, qu'il y eût une stipulation, ou qu'il n'y en eût pas.

La donation est une libéralité faite de plein gré et sans aucune espèce de contrainte, par une personne en faveur d'une autre qui en fait l'acceptation ; elle se divise en deux espèces ; la donation à cause de mort et la donation entre-vifs.

§ Ier. On appelle l'une donation à cause de mort, parce que c'est précisément la crainte de la mort qui agite, lorsqu'on se dépouille de cette manière, soit parce qu'on est en danger d'une mort prochaine, soit en vue des évènemens humains, qui laissent l'homme dans une malheureuse incertitude, soit parce que ce n'est qu'après la mort du donateur que cette donation demeure irrévocable ; en sorte que la mort en fait toujours le principal motif. Dans cette triste conjoncture, la loi permet de déterminer celui sur qui on veut faire rejaillir ses faveurs, en faisant passer conditionnellement en ses mains des biens qu'il serait fâché de transmettre à tout autre. Nous disons *conditionnellement*, parce que le donateur, se préférant lui-même à tout autre, *leg.* 1, *ff. hoc tit.*, ne se dépouille de ses biens, que sous la condition de la liberté de les reprendre ou de rétracter sa libéralité, au préjudice du donataire ; savoir, 1°. s'il revient de la maladie dont il était atteint, ou du danger dont il se trouvait menacé, au moment de la do-

nation ; 2°. s'il a quelque repentir d'avoir exercé cette libéralité ; 3°. si le donataire vient à mourir avant lui.

Nous disons, *s'il revient de la maladie ou du danger dont il avait été menacé*, parce que cette cause, qui était principalement ce qui l'avait engagé, venant à cesser, les effets cessent aussi.

Nous avons dit, *s'il a quelque repentir d'avoir exercé cette libéralité*, parce que l'affection, pour le donataire, qui était la cause secondaire de la donation, ne subsistant plus, il n'est rien de plus équitable que le donateur soit libre de rendre inutile un titre qui ne fait plus l'objet de sa volonté.

Nous avons dit, *si le donataire décède avant le donateur*, parce que, dans la nature de cette espèce de pacte, le donateur se préférant à tout autre, et n'ayant en vue dans sa libéralité que la seule personne de son donataire, sa volonté ne se trouverait point exécutée, si, de son vivant, un autre possédait des biens, dont la destination était réservée pour lui-même, ou taxativement pour celui qu'il avait désigné dans la donation, exclusivement à ses héritiers légitimes.

L'on compte trois espèces de donations à cause de mort, *leg.* 2ª., *ff. hoc tit.* ; l'une, qui se fait sans crainte d'aucun danger présent, mais par la seule contemplation de la mort ; dans cette espèce, la donation est bien valable, mais la translation de la propriété de la chose demeure en suspens jusqu'à la mort du donateur, *ut leg.* 35, § *mortis causâ*, *ff. hoc tit.*

L'autre est celle qui se fait dans la crainte d'un danger imminent, et dans le dessein que la chose donnée passe aussitôt au pouvoir du donataire ; celle-ci est entièrement parfaite, quant au pacte, puisqu'il y a eu tradition, et que le donataire est en possession, *leg.* 14, *ff. hoc tit.*, *et leg.* 29. : mais elle est imparfaite, quant à l'irrévocabilité qui dépend alors de l'évènement du danger.

La troisième est celle qui se fait dans la crainte d'un danger imminent, mais de telle manière que la translation de la propriété soit suspendue, jusqu'à ce que l'évènement de la mort en ait décidé ; celle-ci est, quant à l'effet, dans le cas de la première espèce.

L'on peut donner de plusieurs manières par donation à cause de mort et sous certaines conditions ; comme lorsqu'on dit : je donne à *Mœvius* mon fonds *tusculan*, dans le cas qu'il me survive, et même dans le cas où il me prédécéderait ; la chose alors n'est point sujette à restitution ; comme

si l'on dit encore : je donne à *Mævius*, si je ne meurs pas de la maladie dont je suis attaqué, et dans le cas seulement où je ne viendrai pas à m'en repentir; ou bien, je donne à *Mævius*, sans qu'il puisse y avoir lieu à restitution, qu'au cas qu'il meure avant moi, *qui de uno dicit, de altero negat*. La révocation alors ne peut avoir lieu ni par le repentir ni par le rétablissement de santé, *leg.* 13, § *Marcellus*, *et leg.* 35, § *mortis causâ*, *ff. hoc tit.* : toutes ces différentes clauses expresses excluent les autres facultés qu'aurait le donateur de rendre la donation inutile ou de la révoquer. L'on donne aussi quelquefois à cause de mort, de manière que la répétition de la chose donnée n'ait lieu en aucun cas, quand bien même le donateur recouvrerait la santé; mais cette donation, quoique qualifiée à cause de mort, est cependant considérée comme donation entre-vifs, *dict. leg.* 35, § *mortis causâ in fin.*, *et leg.* 13, § *Marcellus in fin.*, *leg.* 27, *ff. hoc tit.* On la regarde encore comme donation pure et entre-vifs, s'il n'est point fait mention de la contemplation de la mort, et qu'il n'ait point été convenu de la révocation, *leg. Scia* 42, § *fin.*, *ff. hoc tit.*, quoique faite en danger de périr, ou dans l'infirmité, ou dans une extrême vieillesse.

Ces donations, à cause de mort, peuvent être faites par quiconque peut faire testament, *leg.* 15, *ff. hoc tit.*, même par le fils de famille avec la permission du père, quoiqu'il ne puisse pas tester, *leg.* 25, § 10, *ff. hoc tit.* On a assimilé aux legs ces espèces de donations, presque (1) dans tous les cas : ce sont les principes établis par *Justinien* dans sa

(1) Nous disons *qu'on a assimilé ces donations aux legs*, *presque dans tous les cas*, parce qu'il y a quelquefois de la différence, 1°. en ce qu'une donation *in singulos annos*, ne fait qu'une seule donation, et peut être transmise aux héritiers, au lieu que le legs fait de cette même manière, *in singulos annos*, fait autant de legs présumés faits sous la condition *si vivat legatarius*, et qui par conséquent ne passent point à l'héritier, si le légataire vient à mourir, *leg.* 4, *ff. de annuis leg. et leg. senatus* § *fin. ff. hoc tit.*; 2°. que c'est l'héritier qui fait la délivrance du legs exclusivement, *ut infra de leg. in principio*, au lieu que la chose donnée peut être livrée, tant par l'héritier que par tout autre; 3°. que dans la donation qui est un pacte, le donateur demeure obligé, au lieu qu'il ne l'est point dans le legs; 4°. que si le testament est attaqué, le legs se perd, au lieu qu'il en est autrement de la donation, à moins qu'on ne s'inscrive en faux contre le testament, *arg. ff. de his qui ut indig. leg. post. legatum*, § *qui mortis*; 5°. qu'on peut substituer dans le legs, ce qui est impraticable dans les donations, *ut ff. leg. ci cui* 10; *hoc tit.*; 6°. que le fils de famille peut donner,

constitution au code *de donat. causâ mortis, leg. fin.*, parce qu'il régnait ce doute parmi les jurisconsultes de son tems, savoir si on les regarderait comme donations simples et entre-vifs, ou seulement comme legs; fondé sur cette raison qu'elles semblaient tenir et de l'un et de l'autre titre, c'est-à-dire, de la donation et du legs; similitude qui faisait qu'elles étaient regardées, avant cette constitution, par les uns comme legs, par les autres comme donations simples.

La donation à cause de mort, est une disposition de dernière volonté par laquelle le donateur se préfère au cas qu'il vienne à vivre plus que celui à qui il donne; et au cas qu'il vienne à mourir avant lui, il préfère son donataire à son héritier; c'est dans cette espèce qu'on trouve dans *Homère* une donation à cause de mort, lorsque le fils d'Ulysse donne à Pirée, en ces termes :

« Oh! Pirée, comme nous ignorons l'évènement des choses humaines, » si quelques envieux de mon sort voulaient me surprendre pour attenter » à ma vie, et se procurer par-là la liberté de diviser entr'eux les biens » de mes pères, j'aime mieux que vous les ayez qu'aucun d'eux. Si au » contraire je les surmonte, si je renverse leur odieuse entreprise, ravi » d'avoir survécu à leurs attaques, je veux que vous me rendiez avec » le même ravissement tous les biens que je vous aurai transmis. »

§. II. Les donations *entre-vifs*, ainsi nommées, parce qu'elles ont toute leur perfection et toute leur force, même celle d'irrévocabilité pendant la vie du donateur, sont celles qui se font sans aucune contemplation de mort. On les appelle aussi *directes*, (1) *ut leg. 25, cod. de donat.* Ces espèces de donations n'ont absolument rien de commun avec les legs, dès qu'elles sont revêtues de toutes les formalités requises pour les rendre

---

mais qu'il ne peut léguer, *ff. hoc tit. leg. tam is et inf. quibus non est perm. fac. test. in principio*; 7°. que dans le legs on considère quel a été l'état de capacité du légataire, en tout tems, *inf. de hæred. qual. et diff.* § *in extremis*; ce qu'on ne considère point dans les donations, *ff. hoc tit. leg. in mortis*; 8°. que dans le legs, l'action qu'on appelle *interdictum quorum legatorum* a lieu; ce qui ne se pratique point pour la donation.

(1) Nous disons *directes*, parce qu'elles nous viennent directement du donateur; au lieu que les donations à cause de mort, nous viennent quelquefois d'un autre, *v. g.* de l'héritier.

parfaites, *ut leg.* 25, *cod. hoc tit.* La révocation ne peut en être faite sous de légers prétextes, comme dans les donations à cause de mort ; et ne l'est jamais que pour de très-importantes raisons ; elles deviennent parfaites, lorsque le donateur a manifesté sa volonté par écrit ou sans écrit par simple pacte, c'est-à-dire, sans stipulation et sans tradition, *ut cod. leg.* 35 § *fin.*, *et ff. de pactis leg. tale in princ.*, soit en indiquant le tems présent *ut do vel dono*, soit en indiquant le tems futur *ut dabo vel donabo*, ou par manière de stipulation, *ut ff. de verb. oblig. leg. ult.*, § *fin.* Dans tous ces cas, *Justinien* a voulu que la donation eût la même force que la vente pour exiger la tradition, (*dict. leg.* 35, § *fin.*, *cod. hoc tit.*, c'est-à-dire, tout comme l'acheteur peut contraindre son vendeur à lui livrer la chose vendue, de même le donataire peut obliger le donateur à lui livrer la chose donnée, (1) si la tradition n'en a pas été faite et que le donateur se refuse à la faire, *ut de verb. oblig. leg. ubi non apparet in fine*, et cela quoiqu'il ne fût tenu à rien avant la donation, *ff. de act. et oblig.*, *leg. sicut.* (2)

Pour la perfection des donations, l'insinuation (3) était requise par les anciennes constitutions des princes, *cod. eod. leg. sancimus in fine*, pour celles qui excédaient *deux cents écus*. *Justinien*, voulant éviter des frais pour des choses de peu de valeur, a établi par sa constitution au Code *de donat.*, *leg. penult. in fine*, que les donations n'auraient besoin d'être insinuées qu'autant qu'elles excéderaient *cinq cents écus* d'or (4) ; il a même entièrement dispensé de l'insinuation (5) certaines

---

(1) Il a pour cela une action appellée *condictio ex lege*, qui est de rigueur, *stricti juris*, *ff. de don. leg. cùm qui et leg. sancimus in fin. cod. eod.*

(2) Voyez pour ce qui regarde les dommages résultant de l'inexécution, *la loi* 1re., *avec les notes*, *ff. de act. empt. et vend.*

(3) L'insinuation est une mention faite sur des registres, en présence de personnes publiques, dont il doit demeurer acte pour servir de preuve, *leg.* 27 *et* 31, *cod. eod.*

(4) Celles qui excèdent cinq cents écus d'or, si elles n'ont point été insinuées, sont valables jusques et à concurrence de cette somme, *ne utile per inutile vitiatur*, *leg.* 34, *cod. hoc tit.*

(5) Ces donations sont celles faites pour la rédemption des captifs ; celles faites par les

donations favorables, quoique au-dessus de *cinq cents écus* d'or. Les donations méritant en outre toute la faveur possible et toute l'attention du législateur, *Justinien* a porté à cet égard sa prévoyance au dernier degré par ses constitutions, *ut cod. eod., leg. sancimus, § si quis autem et cod. eod., leg. penult. in fine.*

Quoique les donations entre-vifs, dont nous venons de parler, soient de leur nature irrévocables, et doivent sortir un plein et entier effet, dès qu'elles ont acquis toute leur perfection, par un esprit de justice, on a voulu établir plusieurs manières de révocation, au cas que ceux envers qui on a exercé ces bienfaits se rendent coupables d'ingratitude envers leurs bienfaiteurs, qui deviennent par-là à l'abri des injures et des outrages que pourraient se permettre envers eux ceux qui avaient fait l'objet de leur affection; car l'ingratitude, ce crime révoltant et odieux, ne pouvait échapper à la sagesse des lois : ces moyens de révocation sont articulés en la constitution au Code *de revoc. don., leg. fin. nov.* 78, *§ illud verò et ff. de lib. ag. et alim., leg. alimenta.* De-là, ces vers,

» *Quinque modis perdo mihi quæ donata fuêre*
» *Infero si damnum graviter donantis in ære :*
» *Huic per me si sit atrox injuria facta :*
» *Si sit persona manuali vulnere tacta :*
» *Quando suæ vitæ crudeliter insidiabor.*
» *Ingratus domino, re donatâ spoliabor.*
» *Ingratum factum dic mecum frangere pactum.*

Quoique le donateur ait eu la faculté de révoquer la donation, s'il ne l'a fait de son vivant, cette faculté ne passe pas à l'héritier, *cod. de revoc., don. leg.* 10.

§ III. Les libéralités faites en vue de mariage sont une autre espèce de donation, que les anciens jurisconsultes ne connurent jamais; elle

---

chefs des troupes aux soldats; pour la reconstruction d'une maison, *ut. cod. eod. leg. penult.*; celles faites par l'Empereur, ou celles faites en sa faveur, *nov.* 7, §, *si verò minus et nov.* 52, *quæ igitur*; pour les donations à cause de *noces*, *nov.* 117, *in principio*; pour la remise des intérêts à venir, *ff. cod. leg. modest.*

fut

fut seulement introduite par les derniers empereurs, *cod. de don. ante nupt. tot. tit.*, qui lui donnèrent le nom de donation avant les noces ; ce nom est tiré de ce qu'elle n'avait jamais lieu après, mais toujours avant la perfection du mariage, qui faisait le seul motif et le seul objet des contractans. C'est aussi par cette raison que cette espèce de donation n'était toujours censée faite que sous la condition qu'elle n'acquerrait toute sa perfection qu'autant que le mariage s'en serait ensuivi, tant de fait que de droit, *leg.* 21, *ff. de jure dotium* ; mais comme il paraissait peu équitable que les dots pussent recevoir quelqu'augmentation même après les noces, et qu'il n'en fût pas de même à l'égard des donations, *Justin*, père et prédécesseur de *Justinien*, établit le premier par sa constitution au code, *don. ante nupt., leg. pen.*, une même liberté d'augmenter les donations, même après les noces et tout ainsi qu'elle subsistait déjà à l'égard des dots : malgré cela, il restait toujours un nom impropre à ces donations qu'on appelait *ante nuptias*, quoique très-souvent elles fussent dans le cas de recevoir quelqu'augmentation *post nuptias* ; c'est à quoi *Justinien* voulut remédier par sa constitution au code *de donationib. ante nuptias, leg. fin.* ; il établit, à cet effet, que les donations pourraient non-seulement être augmentées, mais encore être faites en entier après le mariage, et qu'on ne les appellerait plus donations avant les noces, mais à cause de noces ; *cod. de don. ante nupt., leg fin* ; ce qui les rendit semblables aux dots (1) qui pouvaient

(1) Autrefois il ne pouvait y avoir de donation à cause de noces, s'il n'y avait point de dot ; il fallait même qu'on observât respectivement l'égalité, non quant à la quantité que chaque époux devait retirer de l'autre, mais quant aux conventions : par exemple, si le mari devait avoir la troisième partie de la dot, la femme devait avoir aussi la troisième partie de ce qui faisait l'objet de la donation à cause de noces, *ut de pactis conventis*, etc. *cod. leg.* 9 ; mais par le droit des novelles, l'égalité a été en tout prescrite ; il n'y a plus de différence entre les dots et les donations, tant pour la quantité que pour les conventions ; en sorte qu'il n'y a point de donations sans dot, et que le contractant, qui n'a rien apporté en mariage, ne peut rien gagner des biens de l'autre : de sorte que de la convention faite au profit du mari, s'induit tacitement cette autre convention du gain de la donation *propter nuptias*, pour la femme, au cas du prédécès du mari, *proportione facta*, *nov.* 97, *à principio usque ad capitulum* 3, *et in cap.* 50. Si les donations et gains nuptiaux ont été stipulés avant le mariage, et qu'ils ne s'accomplissent point par la faute ou par les refus de l'un

non-seulement être augmentées, mais encore constituées après le mariage, *leg.* 19, *cod. de don. ante nupt.*

§ IV. Le droit civil avait autrefois introduit une autre manière d'acquérir, qu'on appelait droit d'accroissement, *leg.* 1ª., *in fin. cod. de communi servo manumiss.* Ce droit avait lieu, par exemple, lorsqu'un esclave, appartenant à deux maîtres, l'un d'eux lui donnait la liberté, ou par l'autorité du préteur *vendicta*, ou par testament: en ce cas, le maître généreux perdait toutes ses prétentions sur l'esclave commun qui, bien loin de lui profiter à lui-même, accroissait au maître qui n'avait point voulu se départir de ses droits: c'est ce que *Justinien* ne laissa pas longtems subsister par l'injustice criante qui se manifestait, en ce que l'esclave malheureux se trouvait frustré de la liberté, et le maître bienfaisant privé du seul prix qu'il attendait de son bienfait; tandis que l'autre profitait de cet acte d'humanité pour le tourner à son profit et le faire accroître à sa part.

§ V. *Justinien*, ce sage législateur, crut devoir, dans cette hypothèse, s'écarter des règles du droit commun, *cod. de contrah. empt., leg. invitum cod. de jure de libert., leg. nec em. et auth.* 4, *§ pen.*, en faveur de la liberté, à l'exemple de plusieurs autres législateurs qui, autrefois, dans des occasions aussi intéressantes, y avaient porté atteinte, et donner en même tems au maître généreux la satisfaction de jouir du prix de son bienfait, par sa constitution au code *de communi servo manumisso, leg.* 1ª.: abrogeant cette rigueur du droit, et voulant néanmoins concilier les in-

---

des époux, le non-refusant gagne alors ce qui devait lui revenir; il peut même demander ce qu'il aurait donné à l'autre, *leg.* 15, *cod. de don. ante nupt.*; tout comme s'il y avait dissolution, le mari doit gagner les fruits de la dot pour les charges du mariage, *ff. de jure dot. leg. dotis fructus*, *et leg. plerumque § si servi*; il doit seulement rendre l'entière dot qu'il n'a pu aliéner, même du consentement de la femme, *ut inf. tit. prox. in principio*, quoiqu'elle puisse renoncer au droit d'hypothèques qu'elle a sur les biens de son mari, et en sa faveur à raison de sa dot, *cod. ad vell. leg. etiam*, *et leg. jubemus et auth. sive à me cod. tit. cod.* Comme il faut rendre la dot à la femme, par la même raison la femme doit rendre au mari tous les avantages qu'elle en aurait reçus, audit cas de dissolution du mariage, § *auth. de æqual.* Les priviléges de la femme passent à ses héritiers, si elle n'y a renoncé de son vivant.

térêts de tous, il fit une taxe détaillée au code *de commu. servo manu.*, *leg.* 1^a., *§ ne autem*, pour fixer le prix de chaque sorte d'esclave, afin que le maître, qui refuserait de se départir de ses droits, fût tenu d'accepter la partie du prix, relativement au droit qu'il aurait sur l'esclave commun; devant observer, au cas de refus, ce qui se trouve prescrit en la susdite constitution: ces principes ont également lieu pour le fisc, *leg.* 1^a., *cod. de vert. et commiss.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 21. Les Romains connaissaient deux sortes de donations; la donation à cause de mort et la donation entre-vifs. La première n'a point été reçue parmi nous: on n'y peut disposer, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, (art. 893.) A Rome, l'acceptation du donataire pouvait être suppléée par un acte équivalent: il n'en est pas de même en France, où la donation ne produit aucun effet, que du jour qu'elle a été acceptée en termes exprès, (art. 932.)

Les donations entre-vifs, à Rome, recevaient leur perfection, lorsque le donateur avait fait connaître sa volonté, soit par écrit, soit sans écrit: parmi nous, pour être valable, elle devra être passée devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats, et il doit en rester minute, sous peine de nullité, (art. 931.)

Par le droit de *Justinien*, les donations entre-vifs, qui passaient cinq cents écus d'or, devaient être insinuées: en France, la transcription (1) a été mise à la place de l'insinuation, avec cette différence, que la donation des meubles, de quelque valeur qu'ils puissent être, n'y est pas soumise, ainsi qu'il résulte de l'art. 939 du code civil.

Par l'ancien droit, à Rome, la donation entre-vifs n'étant pas considérée

(1) Cette transcription a lieu pour la donation des immeubles sur les registres du bureau des hypothèques de l'arrondissement dans l'étendue duquel les immeubles sont situés.

comme un véritable contrat, n'était parfaite qu'autant que la tradition avait eu lieu : il n'en est pas de même parmi nous; la donation duement acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition, (art. 938.)

En France, comme à Rome, la révocation des donations entre-vifs peut avoir lieu pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfans, (art. 753.)

Les Romains introduisirent une autre espèce de donation, inconnue aux anciens jurisconsultes; elle fut appelée donation avant les noces : de même, parmi nous, le législateur a permis aux époux de se faire réciproquement, par contrat de mariage, telle donation qu'ils jugent convenable, (art. 1091.) Cette donation seule n'est point susceptible de révocation pour cause d'ingratitude, (art. 959.) La loi même, dans le dessein de favoriser le mariage, a permis d'y comprendre non-seulement les biens présens, mais encore les biens à venir, (art. 1093.)

Le législateur a laissé la liberté aux pères d'établir une loi dans leur famille, et de régler de leur vivant la fortune et le sort de chacun des individus qui la composent, soit en leur permettant de disposer en faveur de leurs petits-enfans, ou des enfans de leurs frères et sœurs, (chap. 6, tit 2, liv. 3 du code civil,) soit en leur donnant la faculté de faire le partage de leurs biens, (chap. 7, tit. 2, liv. 3 du code civil,) soit enfin de disposer en faveur des époux dans leur contrat de mariage et en faveur de leurs enfans à naître, (chap. 8, tit. 2, liv. 3 du code civil,) en se conformant toutefois aux mêmes formalités, conditions et règles, que celles prescrites pour les donations entre-vifs et les testamens.

Mais cette loi, quelque respectée qu'elle doive l'être, n'est cependant pas irrévocable : l'erreur est le partage de tous les hommes; et il ne serait pas impossible que le père ou l'ascendant se fussent trompés : il ne serait pas même impossible qu'ils eussent été injustes envers quelqu'un de leurs enfans : le partage, dans ce cas, pourrait être attaqué pour cause de lésion, et la donation pourrait être réduite à la quotité disponible.

Nous disons *quotité disponible*, car il n'en est pas en France comme

chez les Romains, où la liberté de disposer était absolue; nos lois l'ont sagement restreinte; elles n'ont pas permis aux pères de disposer arbitrairement de la totalité de leurs biens; elles ont fixé d'une manière équitable jusqu'où leur générosité pouvait s'étendre, (section 1re., chap. 3, tit. 2, liv. 3 du code civil.)

TITRE VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.

Après avoir vu les manières d'acquérir, tant par le droit des gens que par le droit civil, nous parlerons des personnes à qui il est permis d'acquérir, et de celles à qui la loi n'a pas donné le pouvoir ou la capacité d'acquérir et d'aliéner.

Pour aliéner, il faut avoir la pleine propriété d'une chose; c'est ce qui nous mène à une distinction de la pleine propriété et de celle qui ne l'est pas.

La propriété en général est le droit que nous avons sur une chose; droit qui nous donne la faculté d'en disposer et de la revendiquer, si nous n'en sommes empêchés par la loi, par une convention particulière, ou par la volonté du testateur, *leg. 7, cod. rebus alienis non alienandis.*

Cet empêchement, qui porte obstacle à notre liberté, est précisément celui qui donne lieu à la distinction dont nous venons de parler. Le plein *domaine* est celui qui ne souffre aucune difficulté, aucun obstacle dans la destination qu'on veut lui donner: le domaine qu'on appelle en droit *minus plenum*, est celui qui souffre des modifications qui varient suivant les circonstances: cette dernière espèce de propriété est celle dont le mari se trouve revêtu, concernant la dot de sa femme, qui conserve toujours devers elle la propriété naturelle; en d'autres termes, la propriété nue, consistant dans le droit de la revendiquer, lorsqu'il y aura lieu; le mari n'a donc qu'une propriété civile (1); propriété imparfaite qui donne le droit de jouir seulement de la chose qui en fait l'objet, sans toucher à sa substance, qui doit toujours demeurer intacte, *ut sup.*, *tit. 4, de usuf.* Lorsqu'on dit que le mari peut revendiquer le fonds dotal, ce qui n'appar-

(1) A moins que la chose ne fût estimée, *lege 5, cod. de jur. dot.*

tient qu'au véritable maître, comme le donne à présumer la *loi 9, cod. de rei vind.*, cela doit s'entendre qu'il le revendique, à l'exemple du père qui a l'usufruit sur les biens des enfans qu'il a en sa puissance comme administrateur de droit, *leg.* 17 *et* 75, *ff. de jur. dot., et leg. pen. ff. de fund. dotali*, et comme chargé par conséquent de veiller à la conservation des biens que sa femme ne lui a transmis que pour servir au support des charges du mariage, biens dont elle-même ne demeure plus privée, dès que les charges du mariage n'ont plus lieu par la dissolution, de quelque manière qu'elle arrive, *leg. quamvis et leg. Lucius ff. de jur. dot. et leg. in rebus* 30, *cod. de jur. dot.* C'est donc fort improprement qu'il est dit au commencement de ce titre *qu'on voit quelquefois que le propriétaire d'une chose ne peut pas l'aliéner;* ce qu'on explique en disant que le mari, malgré sa femme et sans son consentement, ne peut aliéner les biens dotaux (1), suivant la prohibition de la loi *Julia* (2), quoiqu'il en soit le maître et qu'il les tienne à titre de dot; ceci sert parfaitement à autoriser le principe que nous venons de poser touchant la propriété imparfaite du mari, en ce qu'il a besoin du consentement de sa femme, consentement qui démontre combien peu le mari est considéré comme maître du fonds dotal; la correction faite à la loi *Julia* par la constitution au Code *de rei uxoriae actione, leg. unica, § et cum leg.*, le spécifie encore mieux; car le mari est privé de la faculté d'aliéner même avec le consentement de sa femme, constitution qui s'étend sur deux articles de la loi *Julia*, qu'elle réforme, 1°. en ce que cette loi défendait les aliénations qui se faisaient malgré la femme, taxativement pour les choses situées en Italie, et non pour les héritages situés dans les provinces; 2°. en ce qu'elle défendait les hypothèques auxquelles on aurait pu les assujétir, même du consentement de la femme, avec la même exception pour les héritages situés dans les provinces; il fut remédié à l'un et à l'autre de ces chefs par la susdite constitution, qui prohiba aux maris d'aliéner, obliger ni hypothéquer

(1) A moins que la vente ne tourne à l'utilité de la femme, *ff. de jur. dot. leg. fin.*

(2) Cette loi fut produite par *Auguste Constat, ex-Paulo, au liv.* 4, *sent. de dotib.*; elle est encore mentionnée dans plusieurs lois du *tit.* 4, *liv.* 23 *du digeste.*

les fonds dotaux, soit qu'ils fussent situés dans l'Italie, soit qu'ils le fussent dans les provinces, quand même leurs femmes consentiraient ou à la vente, ou à l'obligation; ce qui mit ces dernières entièrement à l'abri des attaques qu'aurait pu éprouver leur faiblesse, dont on aurait vu sans doute beaucoup d'exemples.

Il est bien d'autres cas où, quoiqu'on soit maître d'une chose, encore plus que le mari ne l'est des biens dotaux, on ne peut l'aliéner; *leg. fin.*, *cod. ad leg. Jul.*, *maj. leg. Manichœos*, *§ penult.*, *cod. de haered. et manu.*, *leg. fin.*, *lib.* 10, *cod. de præd. decur.*, *et infrà § 2*, *eod. tit.*, comme on peut le voir par ces vers latins:

» *Conjux, ecclesia, furiosus, menteque captus,*
» *Prodigus atque minor, existens sub patre, natus,*
» *Adversaus fidei majestatis reus isti,*
» *Res alienari proprias de jure vetantur.*
» *Prætacto debet sub jure decurio scribi.* (Arctinus.)

Il est au contraire des personnes qui ont aussi la faculté d'aliéner, quoiqu'elles ne soient point propriétaires, comme nous le verrons au § suivant.

§. 1er. Nous venons de dire qu'il est des personnes qui, sans avoir la propriété de la chose, ont cependant la faculté de l'aliéner; tel est, par exemple, le débiteur qui aura remis un gage à son créancier, avec convention expresse que si la somme n'est point payée au tems fixé, il sera libre au créancier de le vendre; (1) mais comme en ce cas

---

Nota. Nous observerons, relativement à l'aliénation des biens dotaux, que l'estimation vaut vente, *leg.* 5, *cod. de jur. dot. et leg.* 16, *ff. de jur. dot.*, à moins que l'estimation n'eût été faite que pour en fixer la valeur, *cod. de jur. dot. leg.* 21, *si inter vir. et uxor.*, ou qu'ils soient convenus qu'on rendra le fonds en nature, *leg.* 5, *cod. de jur. dot.* Si la dot consiste en meubles, le mari peut les aliéner s'il est solvable, *cod. de serv. pig.*, *dato manu. leg.* 1a. *ff. de jur. dot. leg. si ut lapidicinis et glausam in leg.* 1a.

(1) Il est bien d'autres cas où les choses se trouvent aliénées sans que le véritable maître

il

il semblait que le créancier ne vendait la chose engagée que par la volonté du débiteur, en vertu de la convention faite entr'eux et non de son propre fait, pour être payé de la somme qui lui était due, et dont il n'aurait point été remboursé par le moyen de la vente, s'il n'avait eu la précaution de prévenir par cette clause ou convention, l'inexactitude de son débiteur, qui autrement eût été le maître de différer le paiement autant qu'il lui eût été agréable. *Justinien* voyant qu'il pouvait en résulter du désavantage pour l'un et pour l'autre, soit parce que le créancier était empêché de faire des poursuites lorsqu'il n'y avait pas de convention, *de pignore vendendo*, soit parce qu'il pouvait arriver que les débiteurs se trouvassent trop tôt privés de leurs effets, *sup. de don.*, § *alia auth. in princ.*, *Justinien*, dis-je, dans l'intérêt des uns et des autres, par sa constitution au Code *de jur. domin.*, fixa un terme et donna la forme de faire procéder à la vente, qu'il y eût convention ou qu'il n'y en eût pas. (1)

§ II. Les pupilles de l'un et de l'autre sexe peuvent être mis dans la

---

y ait nullement participé, *verbi gratiâ*; 1°. par les juges, *ut ff. si ex nox. caus. ag. leg.* 2ª. *et infra de officio jud. in fin*; 2°. par les fleuves, *ff. de acq. rer. dom. leg. ergo* § *alluvio*; 3°. par l'Empereur et l'Impératrice, *sup. de usucap.* § *ult.*; 4°. par les prélats des églises, *cod. de sacrosanct. eccl. leg. jubemus*, 14 *auth. hoc jus*; 5°. par les tuteurs représentant les pupilles, *ff. de furt. leg. interdum* § *qui tutela*; 6°. par les procureurs chargés d'une libre administration de leur pécule, *ff. de pig. act. leg. si convenerit*, § *fin. et leg. seq.*; ceci se trouve compris dans ces vers :

» *Princeps, Augusta, judex ac officialis,*
» *Tutor, curator, procurator fluviusque,*
» *Creditor, exactor, prelatus, servus habentur,*
» *His numero bis sex alimentis aliena.*

(1) Le terme et la forme de faire procéder à la vente, si les contractans en sont convenus, sont mis en usage suivant et conformément à la convention, *leg.* 4, *ff. de pig. act.*; s'il n'a pas au contraire été fait mention du délai ni de la vente, le créancier pourra y faire procéder après l'espace de deux ans, sommation préalablement faite au débiteur en présence de témoins, *leg. fin.* § 1°., *cod. de jur. dom. impetr.*; si encore il a été convenu entre le débiteur et le créancier que la chose engagée ne pourrait être vendue, il ne peut être alors procédé à la vente que par sentence du juge, après trois sommations de payer, et deux années à compter du jour de la première, *leg.* 4, *ff. de pig. act.*

classe de ceux qui, quoique maîtres de leurs biens, ne peuvent les aliéner; car toute aliénation, soit à raison de la propriété, soit à raison de la possession, *de acq. rer. dom. ff.*, *leg. pupillus et de acq. poss. ff. leg possessionum*, leur est interdite à cause de la faiblesse de leur âge, s'ils agissent sans l'autorité de leur tuteur, *sup. de auto. tut. in principio ff. de solut.*, *leg. quod si fortè in fin. et leg. pupillo et ff. si certum pet.*, *leg. non omnis*, *§ fin.*; d'où il suit que s'ils donnent de l'argent à titre de prêt sans l'autorité de leur tuteur, il ne peut y avoir d'obligation, de cela qu'il n'y a point dans le contrat le consentement de toutes les parties, en ce que celui donné par les pupilles, peut être compté pour rien : l'argent ne saurait donc devenir propre à celui qui l'a reçu, comme s'il le tenait d'une personne libre de disposer et de consentir. Il peut donc être revendiqué sur-le-champ, à supposer qu'il n'ait pas été diverti; car si l'emploi en a été fait, il faut distinguer si l'on a agi de bonne ou de mauvaise foi; dans le premier cas (1), si on a cru le mineur hors de tutelle, *arg. legis 12*, *§ rebus credit et de solut.*, *leg. si alienis*, ou si on a pensé que le mineur pouvait contracter par lui-même des obligations, *leg. 2*, *§ si à pupillo*, *ff. pro empt.*, le remboursement de cet argent ne peut être poursuivi que par l'action qu'on appelle *condictio certè*, action qui a lieu pour toutes les obligations produites par la bonne foi et par laquelle on demande une chose certaine, *leg. 6 et 9 ff. si certum petatur.* Si au contraire, l'on a agi de mauvaise foi, sachant que le mineur

(1) Lorsqu'on a agi de bonne foi, le contrat du prêt devient parfait par la consommation, *ut ff. si certum petatur leg. si à fur. et leg. seq.*, parce qu'étant de la nature de ce contrat que la chose livrée devienne propre à celui à qui la délivrance en est légitimement faite, *ut meum tuum fiat*, il s'ensuit que si la délivrance a été faite par une personne qui ne pouvait la faire valablement, elle n'est point censée appartenir à celui qui l'a reçue, quoique de bonne foi, tant qu'il l'a eue en son pouvoir : mais s'il en a fait la consommation, c'est un acte de maître qu'il a exercé légitimement, puisqu'il était dans la bonne foi, et qu'il croyait réellement être en droit d'en disposer : ce fait realise la propriété, qui n'eût été qu'impropre si la chose fût restée entre ses mains, à cause du vice dont elle se trouvait infectée, et que la consommation faite de bonne foi a couvert : dans l'autre cas, au contraire, celui qui a reçu la chose, mérite bien qu'on l'oblige à la représenter, dès que c'est par dol qu'il s'en est défait; il est censé l'avoir toujours à sa disposition, parce qu'on ne peut croire qu'il l'ait consumée, sachant qu'elle ne lui appartenait pas.

était réellement incapable de donner son consentement, on peut être poursuivi par l'action qu'on appelle *ad exhibendum*, donnée contre ceux qui jouissent de quelque chose de mauvaise foi, pour être tenus de la représenter, *leg.* 12 3^a. *ff. ad exhibendum et cod. ad exhibendum, leg.* 1 *et* 5^a; cette action n'est que préparatoire pour en venir ensuite à demander la chose elle-même. On agit premièrement contre la personne pour qu'elle soit tenue de représenter la chose, quand même elle serait employée; ce qui d'abord semble contraire au bons sens, mais cela doit s'entendre de ce que le détenteur est tenu de représenter une même chose, de même espèce et valeur, *cùm dolus sit pro possessione, leg.* 173, *ff. de reg. jur.* Lorsque la chose est représentée, on agit *actione in rem*; pour la revendiquer, le mineur peut même demander à être indemnisé de la perte qu'il a soufferte ou du gain qu'il aurait pu faire depuis qu'il se trouve privé de son argent, ce que le juge lui accorde sur ce qu'il fixe lui-même par la religion de son serment, eu égard au tems que l'autre est resté en demeure, *ff. de in litem jur. leg. in actionibus et leg. nummis*, ou si on refuse de représenter la chose, ou qu'on soit en demeure de la représenter, après qu'on a été actionné, le juge donne à jurer au demandeur pour en fixer l'estimation, au cas que la chose ne consiste pas en argent, et pour fixer le dommage que lui a causé cette privation, *leg.* 3, *ff. et exhibendum, et leg.* 3 *ff. in litem jur.*

Lorsqu'il s'agit au contraire de rendre leur condition meilleure, les pupilles peuvent donner leur consentement et obliger ceux qui contractent avec eux; car sans l'autorité du tuteur, il leur est permis de recevoir des dons, *leg.* 19 et 11, *ff. de solut.*, et *lib.* et *leg.* 98, *verbo ut ubi simpliciter*; ce serait bien différent s'il s'agissait d'un consentement donné pour des choses qui pourraient tourner à leur préjudice; car *v. g.* un débiteur a besoin de faire intervenir le tuteur lorsqu'il effectue le paiement de sa dette, sans quoi il ne serait pas libéré, en ce que le pupille pourrait divertir ses fonds et préjudicier ainsi à ses intérêts, ce qui ne fût point arrivé si le consentement du tuteur eût été requis, parce qu'étant préposé par la loi pour veiller à la conservation des biens de celui qui, à cause de la faiblesse de son âge, n'est pas encore en état de le faire par lui-même, il aurait été attentif à ce qu'il en fût fait un emploi

avantageux ; c'est à quoi *Justinien* a pourvu par sa constitution au code *de adminis. tut. leg. sancimus et leg. constitutionem*, publiée pour les avocats de Césarée, à la sollicitation du chancelier *Tribonien*. Cette constitution portait que les tuteurs ou curateurs n'auraient la liberté de recevoir les deniers des pupilles et de libérer leurs débiteurs, qu'après avoir obtenu une sentence du juge, qui donnât au tuteur ou curateur le droit de recevoir les paiemens et de libérer les débiteurs, *leg.* 7, § *quod tamen, ff. de min.*; ce qui doit se faire sans frais, *ut leg.* 23, § *fin., cod. de episc. authent.* 123, *chap.* 28. Après une pareille sentence du juge, le débiteur pouvait payer sans difficulté, il était parfaitement libéré, et le mineur, sous aucun prétexte, ne pouvait s'en faire relever; (1) si au contraire, des paiemens étaient faits sans observer ces formalités, les mineurs ne perdaient jamais rien : c'est pourquoi l'on distinguait aussi les cas où le paiement avait profité au pupille, d'avec celui où il ne lui avait pas profité. Dans le premier cas, si le pupille n'avait souffert aucun dommage, *leg. pupillo ff. de minoribus*, et qu'il réclamât une seconde fois, il pouvait être repoussé par l'exception *doli mali* ; dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire, si l'argent lui avait été volé, l'exception *doli mali* qu'exerçait le débiteur contre le pupille, ne lui était d'aucune utilité ; *cod. si adv. solut.*, *leg.* 1 ; *et ff. de solut. leg. filius*, il n'en était pas moins condamné, parce qu'il avait à s'imputer d'avoir fait le paiement sans y être autorisé par le tuteur, et d'avoir méprisé la disposition de l'ordonnance, *leg. sancimus et leg. constitutionem*, *cod. de adminis. tut.* (2) Le pupille peut pourtant rece-

---

(1) Il en est autrement des décrets des biens adjugés par le préteur, contre lesquels il est un délai pour revenir : la différence vient de ce que dans le premier cas on est obligé de payer, et que le paiement se fait par nécessité ; au lieu que dans le décret des biens, l'achat est volontaire, et que personne n'est obligé d'acheter, *ff. de minor. leg. aït prætor*, § *quid tamen leg. quod si minor in fin. cod. de præ. min. leg. si quidem.*

(2) Les paiemens faits au pupille peuvent procurer au débiteur trois espèces de libération, *plenam*, *pleniorem*, et *plenissimam* ; 1°. s'il paie au pupille sans l'autorité du tuteur, et que les fonds provenant du paiement, fructifient entre les mains du mineur, il n'acquiert pas sa libération de plein droit, mais par l'exception qu'on

voir le paiement des intérêts depuis deux ans, s'ils n'excèdent pas cent écus, *leg.* 25 *et* 27, *de administ. tut.*

Comme aussi, pour former un engagement, il faut que le consentement des parties soit réciproque; les pupilles qui ne peuvent donner de consentement, ne peuvent, sans l'autorité de leur tuteur, faire des paiemens (1). Autrement, les sommes qu'ils paieraient ne pourraient devenir propres aux créanciers, et seraient sujettes à répétition de la part des mineurs, puisqu'il ne leur est permis de faire aucune aliénation ou d'engagement, sans l'autorité du tuteur.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 22. Nous avons vu que, par le droit romain, le mari, quoique maître civilement des biens de la femme, n'avait pas cependant la faculté

---

appelle *doli mali*, *leg. pupillo*, *ff. de solut.*; on appelle cette libération *plena*; 2°. s'il paie avec l'autorité du tuteur, mais sans avoir observé les formalités prescrites, il est libéré de plein droit, parce que le tuteur a pu donner pour lui le consentement; mais le pupille peut être cependant restitué en entier, *ut cod. si advers. sol.*, dans le cas où il vienne à éprouver quelque perte sur les capitaux remboursés; on appelle cette libération *plenior*, à moins que ce ne soit dans les quatre cas mentionnés au code *de administ. tut. leg. sancimus*, *et leg. const. et cod. ad senatus-c. Treb. leg.* 7; 3°. lorsque le juge intervient, avec ou sans l'autorité du tuteur, *ff. de min. leg. aït prætor* § *quid tamen*; on appelle cette libération *plenissima*.

(1) Pour les paiemens des pupilles, il faut savoir si le décret du juge est ou non nécessaire: dans le premier cas, le paiement ne peut être valable sans décret, *ff. de rebus eor. qui sub tut. leg. magis* § *si pupillus*; et s'il a été effectué, on peut répéter ce qui a été payé, à moins que le créancier n'en ait fait la consomption, *ff. si certum pet. leg. non omnis* § *fin.*; 2°. si le paiement pouvait se faire sans décret, le tuteur, ou curateur, ou l'adulte lui-même lorsqu'il n'a point de curateur, suffisent pour l'effectuer sans pouvoir être restitués; car on ne peut pas supposer qu'ils aient été trompés: si le pupille a payé sans le tuteur, la propriété de la chose ne s'opère que par la consomption, *leg. non omnis* § *fin. ff. si cert. pet.*, à cause du défaut de consentement que le pupille

d'aliéner son fonds dotal, même de son consentement : en France, le mari est censé n'avoir que l'usufruit des biens dotaux ; aussi est-il soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier, (art. 1562.)

Ces biens ne peuvent être valablement aliénés, même du consentement de la femme, que dans certains cas déterminés par la loi ; tels sont ceux où il a été stipulé dans le contrat de mariage, que l'aliénation en pourrait être faite (art. 1557), lorsque le mari est en prison, et qu'il n'a d'autre ressource, pour se libérer, que le prix de la dot de sa femme, lorsque les père, mère ou autres ascendans, beau-père ou belle-mère, sont dans le besoin ou réclament des alimens, (art. 1558.)

A Rome, le créancier avait le droit d'aliéner le gage de son débiteur à défaut de paiement : parmi nous le créancier n'en peut disposer ; il est tenu de faire ordonner en justice, que le gage lui demeurera jusques et à concurrence de la somme due, ou qu'il sera vendu aux enchères ; toutes clauses qui l'autoriseraient à se l'approprier ou à en disposer, sans les formalités voulues par la loi, seraient nulles, (art. 2078.)

Chez les Romains, le mineur pouvait valablement aliéner avec l'autorisation de son tuteur. En France, cette autorisation est insuffisante ; le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter, aliéner ou hypothéquer, sans y être autorisé par un conseil de famille, encore faut-il une nécessité absolue, ou un avantage évident, pour obtenir cette autorisation, (art. 457.) Le législateur, armé d'une juste défiance, bien convaincu que nul ne mérite autant sa protection que le mineur, a cru devoir soumettre les délibérations du conseil de famille à l'homologation du tribunal de première instance, (art. 458.)

Par le droit romain, le tuteur ne pouvait aliéner *sine decreto judicis*, à moins qu'il n'y eût été autorisé par le testament du père. En France, outre la permission du juge, la vente des biens des mineurs est soumise, sous peine de nullité, à certaines formalités, comme l'apposition de trois affiches, la publicité de la vente, etc. (art. 459.)

était incapable de donner : encore faut-il que la dette soit civile et naturelle ; car si elle n'était que naturelle, il y aurait lieu à la restitution, *ff. de cond. indeb. leg. interdum.*

A Rome, le mineur autorisé de son tuteur pouvait accepter ou répudier une succession ou donation, etc. : parmi nous, dans ces cas, l'autorisation du conseil de famille est indispensable, et même lorsqu'il s'agit d'une succession, elle ne peut jamais être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, (art. 461 et 463.)

TITRE IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

L'acquisition des choses consiste ou dans la propriété, ou dans la possession, ou dans les obligations qui naissent des contrats et quasi-contrats. Il sera question ici de la propriété et de la possession; nous parlerons de l'acquisition des obligations au tit. 29 du liv. 3 ci-après.

La propriété et la possession des choses peuvent nous venir non-seulement par notre fait, mais encore par le moyen des choses ou des personnes qui nous appartiennent, ou que nous croyons avoir en notre puissance, ou dont nous avons l'usufruit. Celles que nous avons en notre puissance sont nos enfans, nos esclaves; celles dont nous avons l'usufruit appartiennent en propriété à un autre, nous n'avons sur elles que toute l'utilité que nous pouvons en retirer jusqu'à la fin de l'usufruit; celles que nous croyons avoir en notre puissance, sont les hommes libres qui nous servent, dans la croyance où nous sommes qu'ils sont en état de *servitude*; les esclaves d'autrui dont nous croyons avoir la propriété, et que, par conséquent, nous possédons de bonne foi. Nous allons parler en particulier de ces trois classes de personnes.

§. Ier. Autrefois les pères acquéraient tout ce qui pouvait advenir aux enfans qu'ils avaient sous leur puissance, *cod. de cad., toll., leg. unica,* et cela sans aucune distinction des biens adventices et profectices de la propriété et de l'usufruit, à l'exception cependant des biens *castrenses* et *quasi-castrenses*, (1) pour lesquels on avait accordé un

(1) On distingue le pécule *militare* et *paganum* : le premier se divise en *castrense*, qui est celui que le fils de famille acquiert en portant les armes pour la patrie, *ff. de castrens. pecul. leg. si fortè et leg. castrense* ; et en *quasi-castrense*, qui est celui que le fils acquiert dans la robe, comme les magistrats, les avocats; en professant les arts libéraux, comme le droit, la médecine, etc., *cod. de inof. test. leg. fin. ad principium et cod. de episcop. et auth., leg. sacrosanct. eccles. et leg. cùm lege.* Le pécule nommé privilége

privilége en honneur et récompense des services rendus à la patrie. Dans tous les autres cas, les pères jouissaient d'une propriété si absolue, qu'ils avaient la liberté de disposer, en faveur de l'un de leurs enfans, des biens qu'ils avaient acquis par les soins d'un autre fils ; ils pouvaient même en disposer en faveur d'un étranger, par donation, vente ou autre manière ; mais attendu que la condition des enfans était trop dure, *Justinien* en conservant aux pères l'honneur et le respect dus à leur caractère, en dérogeant au droit ancien par sa constitution au *cod. de bon. quae lib. leg. cùm oportet*, ordonna que tout ce qui viendrait aux enfans par le moyen et à l'occasion des biens du père, appartiendrait à ce dernier, *ff. de acq. haered., lege aditio in fin.*, immédiatement en entier, conformément à l'ancienne loi, tant pour la propriété que pour la jouissance, par la raison sensible que tout ce qui provient à un autre par notre moyen et à notre occasion, doit entrer dans notre patrimoine, *ut ff. de incend., ruin., nauf., leg.* 1, § 2; *ff. de usuf., leg. in fideicommissi*, § *cum pollidius de vulg. subst., leg. sed et si plenus* 11, § *in arrogato de cast. pecul., leg. si fortè, leg. si castrenses*, à moins cependant que le fils ne les eût acquis par lui-même, *ut ff. de jur. dot.*, § 5 *si pater, leg.* 51 ; car si le fils acquiert des biens indépendamment de son père et de ce qui peut lui appartenir, il en conserve la propriété, et le père n'y a d'autre part que l'usufruit. Par-là, le législateur évite au fils la douleur de voir passer en des mains étrangères le fruit de ses veilles et de ses travaux ; s'il y a lieu de douter sur la qualité du pécule, c'est-à-dire, pour savoir si les biens sont adventifs ou profectifs, on doit distinguer : ou le fils est un homme industrieux,

---

paganum, se divise en profectif et adventif ; le premier est celui qui advient au fils de famille, par le moyen de ce qui appartient au père ou à son occasion ; cela vient de l'unité de la personne du père et du fils, qui sont considérés *una eademque persona* ; il s'en suit que le père n'a point la faculté de donner à son fils ; d'où l'on induit que tout ce qui du père passe au fils, demeure toujours en la propriété du père : il n'en est pas de même des biens adventifs, parce que, quoique le père ne puisse donner au fils, ce dernier peut cependant recevoir d'un étranger : les biens adventifs sont ceux qui viennent d'une cause étrangère au père, comme des libéralités de la mère, *cod. de bonis matern.*, *si leg.* 1^a., 2^a. *et* 3a., les gains nuptiaux, les fruits de son travail, de la bonne fortune, etc.

diligent et riche, et le père pauvre, *cod. de arbit. tut.*, *leg. si defunct. ff. et haered. vend.*, *leg. venditor. ex haered.*, § *sed ubi haered.*, *verbo pretium enim hominis*, *ff. ad leg. falcid.*, *leg. si haeres instit. in ppio*; ou le père au contraire possède une fortune brillante, et le fils est sans biens et presque sans industrie. (1) Dans le premier cas, on présume les biens adventifs, et dans le second ils sont déclarés profectifs. Il y a plus de rigueur lorsqu'il s'agit d'une femme, quelqu'industrieuse qu'elle soit; il est toujours contre elle une présomption défavorable; tout porte à penser qu'elle n'a pu faire d'autres bénéfices que ceux résultant du trafic de son honneur, *cod. de bon. inter vir. et uxor.*, *leg. etiam et ff. de don. inter vir. et uxor. leg. quintâ*, et ce, malgré cette règle, que le crime ne se présume pas, *leg. marito*, *ff. pro socio.*

§ II *Justinien*, par cette même constitution reproduite en la loi 6, § *cum autem*, *cod. de bonis quae lib*, réforma les lois de *Constantin*, son prédécesseur, qui voulaient que le père, en émancipant son fils, eût la liberté de retenir à son profit, en toute propriété et jouissance, la troisième partie de ses biens adventifs, pour lui tenir lieu de récompense de l'abandon volontaire qu'il faisait de sa puissance et des droits qui en résultaient; *Justinien*, dis-je, ordonna que le père émancipateur, au lieu de la troisième partie en propriété des biens adventifs, en aurait la moitié en usufruit seulement (2); en sorte que le fils ne perdît rien de son patrimoine, et que le père augmentât sa jouissance.

---

(1) Il est des cas où le père n'a pas même l'usufruit des biens adventifs de ses enfans, 1°. s'il en a fait la remise, *cod. de bonis quæ lib.*, *leg. cum oportet*, § *sin autem res*; 2°. si les biens ont été donnés sous la condition que le père serait privé de l'usufruit, *nov.* 117, *in principio*; 3°. si le fils succède concurremment avec le père, à un frère ou une sœur, *nov.* 118, § *si verò*; 4°. si un esclave est donné au fils à condition qu'il l'affranchira de suite après l'avoir reçu, *cod. de bon. quæ lib.*, *leg. ult. ad finem*; 5°. lorsque le père n'a pas voulu donner son consentement à ce que le fils acceptât une hérédité, *cod. de bonis quæ lib.*, *leg. fin. in fin. et* § 1°. *et* 2°.; 6°. dans les biens maternels que les enfans acquièrent par le divorce de leur mère pour cause légitime, *nov.* 134, *chap.* 11, *quia verò aliqui*; 7°. si le père a contracté des noces incestueuses, contraires à la nature et *nefarias*, contraires aux lois, *nov.* 12, *de incestis nuptiis*, § 1°.

(2) Le père a la moitié des biens adventifs en usufruit, qu'il en soit fait mention ou non dans l'émancipation; à moins qu'il n'ait fait une renonciation expresse, *leg. cùm oportet*, §

§ III. Le domaine des choses peut encore nous être acquis par nos esclaves, par la tradition qui leur en est faite, soit en vertu d'une stipulation de donation, de legs, etc. *leg.* 1°, *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. si tibi homo*, § *cum servus*, *ff. de leg.* 1°, *et infrà per quas personas nobis oblig. acquir. circa principium*, ou de tout autre titre, *ut occupatio*, *specificatio*, *inventio*, *sup. de rer. div.*, § *ferae*, § *cùm quis et* § *thesauros*; et cela, quand bien même nous serions dans l'ignorance ou que ce fût contre notre volonté (1), *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. etiam invitis*; car si un esclave, qui est en la puissance d'autrui, ne peut rien posséder pour lui (2), pas même accepter une hérédité qu'avec notre consentement ou par notre ordre, s'il vient à être institué héritier (3), cette

---

cùm autem, *cod. de bonis quæ lib.*; s'il avait fait une donation à son fils ou à sa fille pendant qu'ils étaient en sa puissance, quoique cette donation ne valût point alors, parce que le père serait censé se donner à lui-même, cependant si la donation n'est point révoquée lors de l'émancipation, le père est censé la confirmer, *leg.* 31, § *pater*, *ff. de donat.*; la raison de la différence vient de ce que le père est maître du pécule profectice, et qu'il peut en disposer à son gré; le fait est entièrement dépendant de sa volonté : c'est pourquoi la loi n'y a pas pourvu de la même manière que pour l'adventice, le père n'étant pas le maître de celui-ci, qui appartient exclusivement au fils; ce n'est d'ailleurs que surabondamment que la loi s'est exprimée ainsi en voulant que le père eût l'usufruit, même avec le défaut de mention de la réserve dans l'émancipation.

(1) Nous disons *contre notre propre volonté*, c'est-à-dire que cette acquisition se fait *ipso jure*, et non incommutablement, *leg. invito*, *ff. de reg. jur.*

(2) C'est-à-dire *ad propriam utilitatem*, *sed ad domini utilitatem*, *infrà de stipul. serv.*, § *sed cum factum*; ce principe semble se contredire avec les lois *quidam*, § *ille*, *cod. de necess. ser. et leg. servis*, *cod. de leg. et ff. de aliment.*, *leg. servos*, en ce que l'esclave profite d'un legs que son maître lui aura laissé pour sa propre utilité; le droit de l'esclave est en ce cas fondé sur l'équité, le legs ne lui étant laissé que par son maître qu'à titre d'alimens.

(3) Dans le cas où l'esclave vient à posséder une chose par disposition de dernière volonté, il faut distinguer s'il est institué héritier ou seulement légataire: dans le premier cas, trois choses sont nécessaires pour l'adition d'hérédité; 1°. que le maître l'ordonne; 2°. que cet ordre précède l'adition, *ff. de acq. hæred.*, *leg. si quis mihi*, § *justum*; 3°. il faut aussi la volonté de l'esclave, *cod. de hæred. instit. tuend.*, *leg. cùm proponas*, § *fin.* Dans la restitution faite à l'esclave en vertu du *senatus-c*, *Trebonien*, la volonté seule du maître suffit pour lui déférer la possession des biens; ici la volonté de l'esclave et la volonté

hérédité nous est acquise par l'acceptation qu'il en fait par notre ordre, tout comme si nous eussions été institués nous-mêmes. Il en est de même pour les legs faits à nos esclaves ; ils nous sont acquis par leur acceptation, *leg. si servo cùm libertate, ff. de alimentis.*

Nous n'acquérons pas seulement par les esclaves que nous avons en notre puissance la propriété, mais encore la possession des choses (1) ; car, quoique nous soyons dans l'ignorance, s'ils possèdent une chose, de quelque nature qu'elle soit, nous sommes censés la posséder, *ff. de acq. poss.*, *leg.* 3, § *saltus* : de-là vient aussi que l'usucapion, *ff. et pro socio, leg.* 2ª., *et de usucap., leg. labeo. et leg.* 3ª., et la prescription, courent contre nous par la possession sur leur tête.

§ IV. Il arrive quelquefois que nous n'avons sur les esclaves qu'un simple droit d'usufruit, *cod. de don. causâ mort., leg. ult. et de alim. legat.*, *leg. si verò*, ou même un simple droit d'usage : dans le premier cas, l'usufruitier n'acquiert que ce qui advient aux esclaves par leur travail ou par le moyen et à l'occasion de ce qui leur appartient ; ces choses exceptées, le reste entre dans le patrimoine du propriétaire des esclaves : c'est pourquoi, si l'esclave est institué héritier, s'il reçoit quelque legs ou donation, le propriétaire a seul le droit de les percevoir, à moins cependant que ces dispositions n'aient été faites en contemplation de l'usu-

---

du maître sont absolument nécessaires, soit qu'elles se manifestent avant ou après, *ff. ad. Treb.*, *leg. servo invito et rem ratam habere*, *leg. penult.* : pour le legs, au contraire, l'esclave n'a pas besoin de jussion de son maître ; car le legs est un pur émolument, qui ne peut jamais devenir préjudiciable, *leg.* 32, *si hœreditatem*, *ff. mandati vel contra.*

(1) Les esclaves n'acquièrent pas à leurs maîtres, comme ils font pour la propriété, la possession des choses à leur insçu, à l'exception de celles qu'ils tiennent de leur pécule, qu'ils ne font valoir que par leur volonté tacite ou expresse ; s'ils leur en laissent la libre administration, ils sont aussi libres de la leur interdire à volonté, *ff. de acq. poss.*, *leg.* 1ª., § *item acquirimus et leg.* 4ª., *ff. de acq. poss.* ; la raison de la différence vient de ce que l'esclave n'étant compté pour rien, ayant besoin pour cela d'être revêtu de quelque droit, ne peut se mettre en possession, à moins que son maître ne le lui ordonne, *leg.* 44, § *quæsitum est, ff. de acq. poss. et leg.* 44, *si cùm, ff. de usucap.* : voilà pourquoi la possession étant de fait, et attachée aux personnes et à leur condition, *leg.* 49, *ff. de acq. poss.*, elle ne peut être acquise comme la propriété, qui est purement de droit.

fruitier, *ff. de usuf. lega.*, *leg. sed et si quid.*; auquel cas même l'usufruitier n'aura pas le droit de faire accepter à l'esclave l'hérédité, *ff. de acq. haered.*, *leg. aditio*, § *praeterea*; mais l'esclave acceptera de l'ordre du propriétaire, qui sera tenu de restituer à l'usufruitier. S'il se refusait à faire accepter par son esclave, il peut y être obligé, *de acq. haered.*, *leg. si quis mihi in ppio*, et *ff. de usuf.*, *leg. si servi.*

Dans le second cas, c'est-à-dire quand on n'a sur l'esclave qu'un droit d'usage, l'usager ne peut rien acquérir par l'esclave; il n'a droit que sur son service; il ne peut tirer aucun profit de son travail, parce que ce serait s'écarter des bornes du droit d'usage; il ne peut par conséquent le louer, *ff. leg.* 12, § *ult. et leg.* 14, *de usu. et hab. et inf. tit.* 29, § 2.

Ce que nous venons de dire, par rapport à l'usufruitier, quant à ce qu'il peut acquérir par l'esclave, peut s'appliquer au cas où nous posséderions de bonne foi (1) une personne libre, ou un esclave appartenant à autrui, le possesseur de bonne foi étant presque assimilé à l'usufruitier; ainsi, hors les deux cas, savoir, si l'homme libre ou l'esclave acquiert quelque chose par son travail ou par le moyen et à l'occasion du possesseur de bonne foi, hors ces deux cas, dis-je, ce qu'il acquiert, soit par institution, legs ou donation, etc., augmente son patrimoine, s'il est libre (2): s'il est esclave, au contraire, ce qu'il acquiert appartient à son véritable maître.

---

(1) La bonne foi pour acquérir par une personne libre, en qualité d'esclave, est requise dans le possesseur; dès que la bonne foi cesse, il ne possède plus justement, *leg.* 23, *ff. de acq. rer. dom. et de acquir. poss.*, § *item quœro*, *ff. de stip. serv.*, *leg.* 34, *si servus ex testamento*, et *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. homo* 54; il a donc besoin que la bonne foi soit continue pour acquérir; bonne foi qu'on compte d'un moment à autre, *leg.* 23, *ff. de acq. rer. dom.*, non pas pour prescrire la personne, parce que la prescription ne court jamais contre une personne libre, *leg.* 23, § 1°., *ff. de acq. rer. dom. et cod. de long. temp. præscrip. quæ pro liberis leg. sola.*, à cet égard, la bonne foi dans le possesseur est requise; mais il suffit qu'elle ait existé dès le commencement de la possession, *leg.* 25, § *bonæ fid. empt.*, *ff. de muris et cod. de usucap. transf. leg. unica*, § *cùm autem versiculo hoc tantummodo.*

(2) Il ne peut cependant acquérir pour lui de possession, parce qu'il ne peut posséder, tandis qu'il est lui-même, quoique libre, en la possession d'un autre, *ff. ad. leg. Jul. de*

Nous avons dit *est presque assimilé*, parce qu'il y a en effet quelque différence, en ce que le possesseur de bonne foi peut prescrire l'esclave d'autrui ; et que, devenant ainsi son véritable maître, *cod. de pactis*, *leg. traditionibus*, dès que le laps du tems est accompli, il peut acquérir par lui toute sorte de biens ; au lieu que l'usufruitier ne peut point prescrire, 1°. parce qu'il ne possède point, c'est-à-dire, qu'il n'a pas une possession pleine, telle qu'est la possession civile, jointe à la naturelle, requise pour les prescriptions, *de usucap. sup. in ppio.*, et qu'il n'a qu'une possession naturelle (1), *ff. de acq. poss.*, *leg. naturaliter*, c'est-à-dire, le

---

adult., *leg. sic. eminet.* ; il ne peut par conséquent prescrire ; car il ne peut y avoir de prescription sans la possession, *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. homo* 54, § *quidquid et ff. de usucap.*; *leg. sine possess.* Pour acquérir une hérédité par le moyen d'une personne libre que je possède comme esclave, cinq choses sont nécessaires ; 1°. que ce soit en ma contemplation qu'il soit institué ; 2°. que l'institué connaisse sa condition ; 3°. qu'il accepte par mon ordre ; 4°. qu'il consente à accepter pour moi ; 5°. que je sois moi-même possesseur de bonne foi : car, si celui qui est en ma possession ignore sa condition, il ne peut acquérir ni pour lui ni pour moi l'hérédité, *ff. de acq. hæred. leg.*, *qui putat.*, § *qui bona fid. et leg.* 6, § 1° ; il ne le peut pour lui, parce qu'il n'a pas entendu s'obliger, *leg.* 6, § *si is qui putabat et* § *fin. leg.* 15, — 167. — *ff. de acq. hæred.* ; il ne le peut pour moi sans mon ordre, par la raison que l'hérédité pourrait être onéreuse, *ff. de acq. hæred. leg.* 6 *et leg. si quis mihi bona*, § *jussum* ; il ne le peut même avec mon ordre, s'il ignore sa condition, *ff. de acq. hæred. leg.* 6, § *celsus et* § 1°., parce qu'il est censé n'avoir alors accepté que comme y etant obligé par sa qualité et condition d'esclave, *ff. de acq. de neg. gestis*, *leg. atqui*, § *si libero* ; c'est pourquoi il ne peut acquérir, *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. homo liber in principio* : s'il connaît au contraire sa condition, et qu'il ait le dessein d'accepter en ma faveur, s'il accepte sans mon ordre, c'est pour son propre compte qu'il accepte, et non pour le mien ; mais j'ai contre lui l'action *condictio sine causa*, pour le forcer à la restitution, parce que c'était à ma contemplation qu'il avait été institué : si, au contraire, l'institution n'a pas été faite en ma contemplation, et qu'il accepte par mon ordre, il n'acquiert ni pour lui ni pour moi ; à moins cependant qu'il n'ait eu l'intention d'acquérir pour lui, *ff. de acq. rer. dom.*, *leg.* 19, *et leg.* 54.

(1) On connaît trois sortes de possessions, la corporelle, la civile et la naturelle ; la civile est celle qu'a tout propriétaire qui ne jouit pas par lui-même, c'est-à-dire qui possède un héritage dont un autre a l'usufruit ; la naturelle est la possession des fermiers, des tuteurs, etc ; la corporelle consiste en ce qu'on cueille soi-même les fruits, et qu'on se pourvoit de tout ce qui est nécessaire à la vie par soi-même ; celle-ci devient très-souvent injuste, comme lorsqu'on enlève une chose par violence ou furtivement.

droit d'user et de jouir de ce qui fait l'objet de l'usufruit, *ff. de acq. poss., leg.* 1ª., *§ per eum et leg.* 12 *et* 19, *qui satis cogan., leg. sciendum*, § 20 ; 2°. parce qu'il sait et a toujours su que l'esclave était à autrui, et qu'à titre de possesseur, qui ne pourrait être considéré que de mauvaise foi, il ne peut jamais prescrire.

Nous acquérons non-seulement la propriété des choses par les esclaves sur lesquels nous avons un droit d'usufruit ou que nous possédons de bonne foi, mais encore la possession. Il est parlé de l'un et de l'autre au commencement de ce § ; en sorte qu'en règle générale, la possession qu'ils nous acquièrent ne s'étend pas au-delà de celle qui peut provenir par le moyen et à raison de ce qui nous appartient, ou par le moyen de leur travail.

§ V. Il n'y a donc que les personnes dont nous venons de parler par qui nous puissions acquérir; par conséquent, à prendre les choses dans le sens contraire, les hommes libres sur lesquels nous n'avons aucun droit ou que nous possédons de bonne foi, les esclaves d'autrui sur lesquels nous n'avons aucun droit d'usage ni d'usufruit, ou que nous possédons injustement, *leg. quod servus, ff. de acq. poss. et leg. generaliter, ff. de noxal. act.*, ne peuvent nous acquérir ni propriété ni la possession des choses : de-là vient la règle qu'on ne peut acquérir par une personne étrangère, à moins qu'elle n'ait reçu de nous un mandat exprès, ou qu'elle ne fût préposée par la loi pour acquérir pour nous ; tels sont les procureurs, les tuteurs, les curateurs, etc., qui nous acquièrent la possession civile des choses, non-seulement par notre ordre, mais encore à notre insu ; ce qui est conforme à la constitution de l'empereur *Sévère, cod. de acq. poss., leg.* 1ª., *ff. de acq. poss., leg. possessio quoq., § si possessio* ; et par conséquent par la possession, le domaine des choses, si celui qui en fait la tradition était réellement propriétaire, et qu'il ait eu la volonté d'en transférer la propriété, *leg.* 13 *et* 20, *§ ult., ff. de acq. rer. dom. et leg.* 8, *de acq. possess.*, ou le titre de l'usucapion ou de la prescription d'un long tems, s'il n'en était pas le maître, en ce que nous sommes censés posséder *animo* ce qu'un autre a acquis et possédé pour nous *corporaliter*, quoique nous soyons censés posséder généralement *animo* tout ce que notre procureur acquiert et possède pour nous *corporaliter*, malgré que nous ignorions qu'il ait acquis ; cependant cette possession présumée en nous ne suffit

pas pour la prescription ; il faut pour la faire courir que nous soyons instruits de l'acquisition, *leg.* 2, *ff. pro solut.*, *leg.* 49, *ff de acq. poss.* La raison est que dans l'usucapion ou la prescription d'un long tems, entr'autres choses, la bonne foi est requise, *ut cod. de usuc. transf.*, *leg. unica*, § *hoc tantummodo* ; et qu'il est certain que celui qui ignore ne peut être ni dans la bonne ni dans la mauvaise foi, et avoir par conséquent une possession juste, requise pour l'usucapion, *leg.* 3, *ff. de usucap.* ; au lieu que, dans la possession, peu importe qu'elle soit juste ou injuste, on ne possède pas moins dans le fait, *de acq. poss.*, *leg.* 3, § *è contrario* (1).

§ VI. Tout ce que nous venons de dire dans ce titre, regarde en général la manière d'acquérir chaque chose en particulier, *sup. de rer. divis.*, § *singulorum.* Nous traiterons *infrà* en détail d'autres manières d'acquérir à titre particulier, comme les legs, les fidéicommis, *de legat. et de sing. rebus per fideic. relictis.* Nous nous occuperons maintenant des manières d'acquérir à titre universel.

Nous acquérons les choses à titre universel par une constitution du droit civil, toutes les fois que nous sommes institués héritiers de quelqu'un, *inf. de hæred. inst. usq. ad tit. de bon. poss.* ; toutes les fois qu'en vertu du droit prétorien, nous demandons quelque possession des biens, *inf. de bon. poss.* ; toutes les fois qu'un père de famille passe sous notre puissance, en se donnant à nous par l'adrogation, *inf. de acq. per adrog.* ; toutes les fois qu'on nous adjuge les biens pour la conservation des libertés laissées par testament, *inf.*, *liv.* 3, *tit* 12. Nous parlerons d'abord des hérédités ou successions qui nous viennent ou par testament ou *ab intestat* ; et dans ce cas, il devient nécessaire de donner la manière de faire les testamens.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 23. Nous avons vu qu'à Rome le père acquérait par ses enfans, jusqu'à ce qu'ils fussent émancipés : parmi nous, les principes de cette

(1) *Vide le tit.* 29, *liv.* 3 ci-après.

puissance paternelle sont totalement inconnus ; proscrits par la nature, ils devaient l'être par nos lois civiles : nous n'avons donc aucune connaissance des quatre différens pécules des Romains. Le père n'a, ne peut même avoir sur les biens advenus à ses enfans, qu'un droit d'usufruit jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation, (art. 384.) Nous avons vu ailleurs, *tit.* 3, ... *de patria potestate, liv.* 1, nombre... que la mère survivante à son époux, avait aussi droit à cette jouissance, *loco citat.*

Par le droit romain, le père émancipant son fils, était censé faire un sacrifice qui nuisait à ses intérêts : c'est pourquoi il était autorisé à retenir en usufruit la moitié de ses biens adventifs. En France, l'émancipation est considérée comme un bienfait, et le père n'a aucun droit sur la propriété ni sur l'usufruit des biens appartenant à son fils émancipé.

Les Romains acquéraient par leurs esclaves : nous avons déjà dit qu'en France tous les hommes sont libres ; ainsi, la doctrine des Romains sur les différentes manières d'acquérir par les esclaves nous est inapplicable.

En France, comme à Rome, nous pouvons acquérir par une personne étrangère : rien n'est plus naturel sans doute que de faire exercer à celui qui mérita notre confiance, les droits que nous aurions exercés nous-mêmes ; de-là le mandat et les obligations qui en dérivent pour l'une et pour l'autre des parties, (art. 1984.)

TITRE X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Le testament n'est autre chose que la preuve juste et constatée de ce qu'un testateur veut que l'on exécute après sa mort.

§. Ier. Quoique nous laissions presque toujours de côté les anciens usages, nous allons cependant donner rapidement une idée de ce qui se passait dans le premier état du droit civil concernant les testamens.

Il s'introduisit d'abord deux manières de tester; l'une était pratiquée pendant la paix, l'autre dans les troubles de la guerre. La première se faisait publiquement en présence du peuple, *in calatis comitiis*, c'est ainsi qu'on appelait ces assemblées ; l'autre était une faveur accordée aux militaires, de pouvoir constater leur dernière volonté lorsqu'ils étaient en expédition, ou qu'ils étaient sur le point de livrer combat; de-là vient qu'on les appelait *in procinctu*, par la raison que les assemblées du peuple étant rares, plusieurs citoyens étaient privés, par l'évènement d'une mort toujours incertaine, de constater leur dernière volonté. On introduisit dans la suite une autre manière de disposer qu'on appelait *per aes et libram*, parce que dans les formalités qui s'observaient, on employait une pièce de monnaie et une balance. Le testateur vendait sa succession par une vente imaginaire à celui qu'il voulait instituer héritier, et celui-ci lui donnait une pièce de monnaie, comme prix de sa succession : cette vente avait lieu en présence de cinq témoins mâles, pubères et citoyens romains, et un sixième qui tenait la balance; cet héritier était dans la suite regardé comme l'acquéreur de la succession : les deux premières manières de tester dont nous venons de parler, furent abolies. La troisième, *per aes et libram*, ne fut pas même observée dans son entier; il y fut dérogé par l'usage, en sorte qu'aujourd'hui, on ne l'observe qu'en partie, c'est-à-dire, pour le nombre de témoins seulement, *ff. hoc tit., et infrà* § 3.

§. II. Tous ces testamens, différemment qualifiés, avaient été intro-

duits par le droit civil : le préteur, par un édit, donna dans la suite une autre manière de tester qui fut généralement adoptée ; on ne fit plus, en vertu de ce droit honoraire, *sup. tit.* 2, § 7, aucune espèce de vente imaginaire ; on y suppléa, en lui faisant succéder la signature de sept témoins, signature qu'on n'avait pas rendue nécessaire par le droit civil ; le préteur y ajouta même l'apposition des cachets.

§. III. Le droit civil et le droit prétorien concernant les testamens, furent dans la suite conciliés soit par l'usage, soit par les changemens et les corrections qui y furent apportés par les constitutions, relativement aux formalités requises ; il fut donc établi, 1°. que le testament serait fait en un seul et même tems, ce que le droit civil avait déjà prévu ; 2°. que ce serait en présence de sept témoins qui souscriraient qu'ils avaient été présens à sa confection, *ff. eod.*, *leg. pen. et antepenult.*, formalité qu'on devait aux constitutions *cod. de testam.*, *leg. haec consultissima* ; 3°. que l'apposition des cachets introduite par le préteur, continuerait d'avoir lieu ; en sorte que la forme des testamens semble tenir de trois droits différens, savoir, les témoins, leur présence à la confection, et sans intervenir à autre acte, *leg. 9*, *cod. hoc tit.*, du droit civil ; les souscriptions du testateur (1) et des témoins, des constitutions des empereurs ; l'apposition des cachets et le nombre des témoins, de l'édit prétorien.

§. IV. Il fut seulement ajouté à toutes ces formalités par une constitution de l'empereur *Justinien*, *leg. 29*, *cod. hoc tit.*, pour mettre les testamens à l'abri de toute fraude, que le testateur écrirait de sa main le nom de son héritier, s'il le pouvait, *leg. jubemus*, *cod. eod.*, et que s'il ne pouvait le faire lui-même, il le ferait écrire par les témoins ; ce qui lui fut permis dans la suite de faire exécuter par tout autre, *nov. 119*, *chap. 9.*

§ V. Les témoins peuvent se servir d'un même cachet pour sceller le testament et l'enveloppe, *ff. eod.*, *leg. ad testium*, *§ fin.*, parce qu'il pourrait très-fort se faire, suivant la réflexion de *Papinien*, que le cachet

(1) A moins d'empêchemens naturels ; *ff. eod.*, *leg. hœred. in fin. et cod. eod.*, *leg. cùm antiquitas.*

de chacun des témoins fût également gravé : c'est pourquoi on a permis d'employer à cet usage, ou son propre cachet, ou le cachet d'autrui.

§ VI. Pour la validité de l'acte, il est nécessaire que les témoins aient la faculté de recevoir par testament, ce qu'on appelle *factio passiva*, *ut infrà*, *tit.* 19, § 5 ; encore en faut-il excepter les femmes, *ff eod.*, *leg. qui testamento* 9^a., § *mulier* (1), par la crainte de leur fausseté, *ut cod. de fideicom.*, *leg. fin.* ; car elles sont également suspectes dans d'autres cas moins importans, *leg. nullum*, *ff. de divort.* C'est par cette raison qu'elles sont exclues de paraître en public, dans les comices, et devant le préteur, *leg.* 4, *ff. quemadmod. test. aperiant.*, quoique d'ailleurs elles aient la faculté de servir de témoins pour d'autres cas, *ff. de verb. sig.*, *leg. notionem*, § *instrumentorum*, *et cod. de haeret. et manichæ.*, *leg. quoniam. in fin.* Les furieux encore doivent être exceptés, à moins qu'ils n'aient de bons intervalles, *ff. eod.*, *leg. qui testamento* 2^a., § *ne furiosus* ; les muets, les sourds, bien entendu ceux qui ne peuvent ni parler ni entendre, *inf. qui test. fac. poss.*, § *item surd.* ; ceux à qui on a interdit l'administration de leurs biens, soit en vertu de la loi pour crime de lèze-majesté, soit en vertu du décret du juge pour fait de prodigalité, *ff. eod.*, *leg. is cui in fin.* ; enfin, tous ceux que les lois notaient comme méchans, et à qui il était défendu de servir à aucun témoignage, *ff. eod.*, *leg. is cui in fin. et leg. cùm lege*, *ff. de test.*, *leg. ob carmen in ppio.*

§ VII. Les empereurs *Adrien*, *Sévère* et *Antonin* ont pourvu au cas où l'un des témoins, lors de la faction du testament, eût été sous la puissance d'autrui, se croyant libre lui-même, tandis qu'il était esclave. Par un esprit de bien public, ces empereurs, pour subvenir à l'irrégularité du testament, ont fait prévaloir l'opinion à la vérité, *ff. desu.*, *leg.* 13, *in fin.* (2). En conséquence, ils ont déclaré bon un tel testament, comme s'il eût été fait dans les formes. La raison, prise de ce qu'au tems de la

---

(1) Si cependant une femme était hermaphrodite, et que le sexe masculin prévalût, elle serait reçue, *ff. de stat. hom.*, *leg. quæritur*, *et de testibus*, *leg. repetund.* § 1us.

(2) L'erreur profite quelquefois, comme nous le voyons ici, *ff. de sup. leg.*, *leg.* 3^a. *in fin.*, *cod. de lat. lib. toll.*, § *sed et si quis*, *ff. de offic. prætor.*, *leg. barbarius* ; sur-tout l'erreur commune, qui forme une espèce de droit.

faction, le témoin passait pour libre de l'aveu de tout le monde, et que personne ne l'avait querellé sur son état.

§ VIII. Rien n'empêche que le père, et le fils qu'il a sous sa puissance, de même que deux frères sous la puissance du même père, ne puissent être témoins ensemble dans un même testament, parce qu'il ne peut résulter aux parties aucun préjudice de ce qu'on emploie plusieurs témoins d'une même famille, pour des affaires qui regardent des personnes qui leur sont étrangères.

§ IX. Il y aurait par conséquent une grande différence, si l'affaire les regardait, *ut de testibus*, *leg. testis*; car le fils ne peut être témoin dans le testament de son père, en la puissance duquel il se trouve; le père ne peut l'être dans le testament de son fils qui voudrait disposer de son pécule *castrense* après son retour de quelque expédition (1), ni le frère en la puissance du même père que le testateur. Dans ces cas, le témoignage domestique (2) est déclaré suspect et rejeté.

§. X. On exclut aussi du nombre des témoins dans un testament, celui qui doit être institué héritier; celui qui est en la puissance de l'héritier, et celui qui en est le père et qui le tient sous sa puissance, tout comme ses frères soumis à la puissance du même père, parce qu'il semble que toutes les formalités qui s'observent dans les testamens, n'intéressent aujourd'hui (3) que le testateur et l'héritier, et qu'on doit par consé-

---

(1) Il en serait autrement s'il s'agissait d'un testament militaire que le fils voulût faire au moment de son départ pour une expédition, parce que ces testamens n'exigent aucune formalité, *leg. qui testamento*, § *per contrarium*, *ff. hoc tit. et leg.* 1ª. *et leg. Lucius*, *ff. de testam. milit. suprema militis voluntas testandi lex est.*

(2) Ce témoignage domestique est suspect dans bien d'autres cas, *cod. de test.*, *leg* 2ª. : on regarde comme personne domestique *colonus adscriptivus*, et autres semblables, *cod. de his qui ad eut. confec.*, *leg. fin.*, § *sanè enim si servus*, *et cod. de quæs. leg. prid.*; la femme pour le mari, *et vice versa*, *sup. de usuf. et hab.*, § *item is*, *item servientes sive dapiferi*, *ff. de pœnis*, *leg. respiciendum*, § *furta*; c'est-à-dire les serviteurs commençaux qui vivent aux dépens du maître : on distingue dans les témoignages le tems où l'on est assigné pour déposer, et le tems de la déposition.

(3) Autrefois, ce qui revenait au même, ces formalités intéressaient le testateur et l'acquéreur imaginaire.

quent en exclure ceux qu'elles pourraient intéresser, soit par le désir d'en faire manquer les dispositions, soit par le désir de les valider suivant les prétentions qui pourraient en résulter pour eux, *ff. quandò appel. sit. leg.* 1, § *in princ.* Tout ce droit concernant les formalités était autrefois confondu, puisque les anciens qui défendaient à l'acheteur de l'hérédité et à ceux qui lui étaient unis par la puissance paternelle de servir de témoins, le permettaient au contraire à l'héritier (1) et à ceux qui se trouvaient liés avec lui par la puissance paternelle; ce qui était fort irrégulier, quoiqu'ils le leur permissent sous la recommandation de ne point en abuser, *cod. de ead. toll.*, *leg. unicâ*, § 10, *ff. si fa. fur. fe.*, *leg. fin.*; mais voulant mettre un terme à toutes ces irrégularités, *Justinien* a converti cette recommandation en loi de rigueur; en conséquence, en imitation de ce qui s'observait anciennement à l'égard de l'acquéreur d'hérédité, il a ordonné avec raison que l'héritier qui tient la place de cet ancien acquéreur imaginaire, ne pût être compté pour témoin, ni aucun de ceux qui pourraient lui être unis par la puissance paternelle, ou se trouver sous sa dépendance, comme s'agissant indirectement de leur propre cause, auquel effet il défendit d'insérer à son code les anciennes constitutions qu'il venait de réformer.

§. XI. Les légataires et les fidéicommissaires particuliers (2) peuvent au contraire être témoins, parce qu'ils ne sont pas successeurs d'un droit, mais d'une certaine chose qui passe en leurs mains sans aucune charge, *ff. mand.*, *leg. si haereditatem*, et qu'ils n'ont par conséquent aucun intérêt d'apporter du changement aux dispositions du testateur; ce qui est aussi accordé à ceux qui leur sont unis, concession spécialement renouvellée dans la constitution au *cod. de veter. jur. enuc.*, *leg.* 1ª., § *sed si in fin.*, *verbo omnia enim merito*, non-seule-

(1) Dans les deux premiers genres de testament, *calatis comitiis et in procinctu*, dans lesquels on était qualifié d'héritier : dans le troisième, *per æs et libram*, dans lequel on était qualifié d'acquéreur ; on ne pouvait être compté pour témoin.

(2) Il en serait autrement du fidéicommissaire à titre universel, parce qu'il est regardé comme héritier, *inf. de fideicom. hæred.*, § *restituta.*

ment pour eux, mais mieux encore pour ceux qu'ils ont en leur puissance. (1)

§. XII. Il est indifférent que le testament soit écrit sur des tablettes, du papier, du parchemin, ou toute autre chose, pourvu qu'il conste de l'instrument.

§. XIII. Rien n'empêche qu'on ne puisse faire plusieurs exemplaires d'un même testament, pourvu qu'ils soient tous revêtus des mêmes formalités nécessaires pour la validité des testamens; cela est même quelquefois nécessaire, *v. g.* dans le cas où l'on veut entreprendre un voyage de mer, et emporter avec soi son testament, en laissant cependant dans sa maison la preuve incontestable de ses dernières volontés, et pour une infinité d'autres causes que la nécessité et les évènemens humains peuvent faire naître, *ut novell.* 84, *chap.* 1er, *versiculo multae, nam quae sunt homini.*

§ XIV. Nous avons suffisamment parlé des testamens qui se font par écrit; il en est une autre espèce introduite par le droit civil, et qui se fait sans la formalité de l'écriture : celui qui veut tester ainsi appelle sept témoins (2), en présence desquels il déclare sa volonté en nom-

---

(1) Il en est de même du tabellion, *ff. eod. leg. Domitius.*

Nota. Ces formalités ont été introduites pour établir ce qui fait la validité des testamens, c'est-à-dire l'institution d'héritier; elles sont étrangères aux légataires, parce qu'ils ne sont que des héritiers particuliers, et qu'ils ne représentent jamais la personne du testateur.

(2) Pour l'ordinaire il faut sept témoins, *cod. eod.*, *leg. hæc consultissima in principio*; mais souvent il en faut un moindre nombre; quelquefois même aucun; comme pour celui que fait le soldat dans une expédition; celui fait en présence de l'Empereur, *ut cod. de test. mil.*, *leg. miles*, *leg.* 19, *cod. eod.*; celui fait par le soldat de qui le notaire n'a recueilli les dispositions que sur des notes, et qui meurt avant la rédaction, *leg.* 40, *ff. de test. mil.*; quelquefois il ne faut que deux témoins, *v. g.* pour les testamens d'entre enfans, *cod. eod. leg. hæc consultissima*, § *enim perfecto*; quelquefois, trois, quatre, ou un plus petit nombre, si l'on jouit d'un privilége spécial, *leg.* 9, *cod. eod.*; quelquefois cinq, comme pour le testament de l'habitant des campagnes, *cod. cod.*, *leg. fin.*, § *sin autem*; enfin, quelquefois il en faut huit, *cod. qui test. fac. poss. hæc consul.*, § *qui in eumdem*, *in glosa.*

mant ouvertement ses héritiers, *ff. eod. leg. hæredes in ppio ;* c'est par la raison qu'il consiste dans une simple déclaration de volonté qu'on l'appelle nuncupatif : cette manière de tester, en vertu du droit civil, est toute aussi parfaite et valable qui si c'était par écrit, pourvu que les témoins restent vivans.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 24. Le testament est parmi nous, comme chez les Romains, un moyen de constater notre volonté après notre mort.

Cet acte est assujéti à des formes dont l'inobservation emporte nullité, car tout est de rigueur en cette matière, (art. 1001.)

Un testament pourra être olographe ou fait par acte public, ou dans la forme mystique, (art. 969.)

Le testament olographe, pour être valide, doit être écrit, daté et signé de la main du testateur, (art. 970.)

Le testament fait par acte public doit être dicté par le testateur à deux notaires, en présence de deux témoins, ou à un notaire, en présence de quatre témoins; il doit être écrit par l'un des notaires, dans le premier cas; et dans le second cas, par le notaire qui le reçoit; lecture doit du tout être faite au testateur, en présence des témoins; ces formes, non-seulement doivent être observées, mais il est encore de rigueur que mention soit faite de leur observation dans le testament, (art. 972.)

Les formes dans les actes de dernière volonté appartiennent toutes au droit public; on ne peut s'en écarter ni même les remplir par des équipollens.

Le testament fait par acte public doit être signé par le testateur, à moins qu'il ne sache ou ne puisse signer, auquel cas sa déclaration doit être consignée dans l'acte, (art. 973.) Par le droit romain, les témoins, outre leur signature, étaient tenus de sceller, d'un cachet leur appartenant ou appartenant à autrui, le testament, à la confection duquel ils avaient assisté; en France, les témoins sont tenus seulement d'y apposer leur signature, (art. 974.)

Les

Les lois romaines permettaient d'employer un moindre nombre de témoins, quand le testament était fait dans les campagnes : en France, le législateur a voulu que le nombre des témoins fût le même, en quelque lieu que fût reçu le testament ; néanmoins, vu que le nombre des gens lettrés est infiniment rare dans les campagnes, il a regardé comme suffisant qu'un des deux témoins signât, si le testament était reçu par deux notaires ; et par deux des quatre témoins, dans le cas où le testament fût reçu par un seul notaire, *loc. citat.*

A Rome, les légataires et les fidéicommissaires, à titre particulier, pouvaient servir de témoins dans le testament qui contenait des dispositions en leur faveur : en France, le législateur, par un article exprès, exclut du témoignage, non-seulement les légataires, à quelque titre qu'ils soient, mais encore leurs parens et alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, (art. 975.)

Le testament mystique est un acte sous signature privée, comme le testament olographe ; mais ils diffèrent essentiellement, en ce que le premier peut être écrit d'une autre main que celle du testateur, qu'il n'a pas besoin d'être daté, et qu'il peut même n'être pas signé par le testateur : c'est, en un mot, le testament nuncupatif des Romains, à la différence que, quoiqu'un ou plusieurs des témoins qui ont assisté à sa confection, soient décédés, lorsque la succession est ouverte, l'acte reste toujours dans sa force au moyen de l'écriture, et du dépôt qui en a été fait chez le notaire.

Le papier qui contiendra ces sortes de dispositions testamentaires, sera présenté par le testateur, clos et scellé au notaire et à six témoins au moins ; il déclarera que ce qui y est contenu, est son testament écrit par lui ou par tout autre. Le notaire dressera l'acte de suscription sur le dos ou l'enveloppe du testament, lequel sera signé, tant par le testateur que par les témoins, (art. 976.) En France, comme à Rome, les testamens doivent être faits *uno contextu* et sans divertir à d'autres actes, *loc. cit.*

La loi prévoyant le cas où le testateur ne sache ou ne puisse signer, a voulu qu'il fût appelé un témoin de plus à la signature de l'acte de suscription, et que mention en fût faite dans ledit acte, (art. 977.)

A Rome, les témoins devaient être mâles, pubères et citoyens romains : il fallait même qu'ils eussent la capacité nécessaire pour recevoir par

testament; parmi nous, ils doivent aussi être mâles, majeurs, régnicoles et jouissant des droits civils, (art. 984); ainsi, la femme, le mineur, l'étranger, le français condamné à une peine emportant mort civile, celui qui aurait perdu les droits de citoyen, l'interdit pour cause de démence ou de fureur, etc., ne peuvent assister à la confection des testamens.

TITRE XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Le titre précédent fait mention des testamens en général : nous allons parler maintenant du testament militaire en particulier.

L'ignorance des affaires, dans laquelle sont censés être ceux qui sont employés au service de la guerre, a fait écarter en leur faveur la rigueur des formalités prescrites dans la manière de faire les testamens ; ainsi, quoique le testament d'un soldat (1) n'ait pas été fait en présence des témoins définis par la loi, quoiqu'il manque de quelqu'autre formalité, il n'en est pas moins déclaré valable ; mais avec cette modification, que ce privilége n'a lieu que lorsque le soldat est en expédition : ce qui a été ainsi justement restreint par la *const. au cod. leg. penult, hoc tit* : dans ce cas, de quelque manière que sa volonté se trouve manifestée, soit par écrit, soit sans écrit, sa déclaration seule forme et rend valide le testament.

Dans le cas au contraire où le soldat n'est pas en expédition, inutilement il userait de ce privilége, que la seule nécessité lui a fait accorder, par la raison que *cessante causâ, cessat effectus* ; mais néanmoins, à cause de sa qualité de militaire, il jouit encore d'un privilége, c'est qu'il peut tester quoique fils de famille, en suivant toutefois le droit commun, et en observant les formalités prescrites ci-dessus, pour les testamens de ceux qui ne servent point *paganorum*.

(1) Pour qu'il soit reconnu soldat, et qu'il jouisse du privilége attaché à cette qualité, six choses sont requises ; 1°. qu'il porte l'épée, *ff. de milit. test.*, *leg. penult.* ; 2°. qu'il soit mis au nombre des autres, et inscrit sur les registres du bureau général. *ff. eod.*, *leg. ex eo tempore* ; 3°. qu'il ait prêté serment de ne point éviter la mort pour la défense de sa patrie et qu'il restera fidèle au drapeau, *ff. ex quibus causis majo.*, *leg. pen. de his qui notant. infa.*, *leg.* 2ª., § *miles* ; 4°. qu'il porte sur son bras la marque publique de son état, *cod. de sabr.*, *leg.* 3ª., *liv.* 11 ; 5°. qu'il ait subi l'examen, *cod. qui mi. non poss.*, *leg.* 1ª., *liv.* 12 ; 6°. qu'il ne fasse aucune espèce de négoce, *cod. neg. ne mili.*, *leg.* 1ª., *liv.* 12.

§ I. Quoique les soldats fussent dispensés d'observer les formalités, il fallait pourtant qu'il demeurât une preuve suffisante de la disposition testamentaire : c'est pourquoi l'empereur *Trajan* donna un rescrit qu'il envoya à *Statilius Severus*, *leg.* 34, *ff. hoc tit.*, conçu en ces termes : « Le privilége accordé aux soldats, qui sont en expédition, de faire testament, sans craindre aucune nullité, doit s'entendre de cette manière, qu'il y ait cependant quelque preuve que le testament a été réellement fait, quoique sans écriture ; sorte de testament qu'il est aussi permis de faire à ceux qui ne sont pas soldats, mais avec plus de formalités. Si donc le soldat, pour les biens duquel il y a procès devant vous, a appelé pour faire testament quelques personnes pour établir au besoin sa volonté, et qu'il leur ait déclaré nommément celui qu'il instituait son héritier, ou l'esclave à qui il voulait donner la liberté, dans ce cas, le soldat paraît réellement avoir testé, et sa volonté doit être exécutée. Mais si, comme il arrive quelquefois, par manière de conversation, il a dit seulement à quelqu'un : je vous fais mon héritier, cela ne peut être considéré comme une disposition testamentaire. Il importe même à ceux qui jouissent de ce privilége, plus qu'à tout autre, que cette espèce de déclaration n'ait pas la force d'un testament, parce qu'il pourrait se faire qu'après la mort du soldat, il se trouvât des témoins qui attentassent à sa véritable volonté. »

§ II. Quoique les sourds-muets ne puissent faire de testament (1), cependant le soldat qui se trouve en cet état, jouit du privilége d'en faire, *ff. cod.*, *leg.* 4, *cod. qui test. fac. poss.*, *leg. discretis*; *ff. eod.*, *leg. jur. militari*, *leg. discretis*, *cod. qui test. fac. poss.*, pourvu qu'il apparaisse des signes qu'il ait voulu tester. On doit cependant présumer que ce sont des sourds et muets *casu*, par accident; car, s'ils l'étaient de naissance, ils n'auraient pu être enrôlés, *signa quae per mutos poterunt interpretari.*

§ III. Toutefois le privilége de faire testament sans formalités, n'est accordé aux soldats, comme nous l'avons déjà dit, qu'autant qu'ils combattent et qu'ils suivent l'armée (2); car, autrement, si les vétérans, après

(1) Autrefois, un autre qu'un soldat ne pouvait ainsi tester que par privilége du prince, *leg. 7*, *ff. qui test. fac. poss.*

(2) Certains ont cru que par son retour, un soldat perdait tous ses priviléges; mais cela ne doit s'entendre que des formalités requises pour la manière de tester; car, par son retour, un soldat, fils de famille, sourd-muet, ne perd point la faculté de tester.

un congé honorable (1), ou autres, loin de leur camp, viennent à faire testament, ils doivent se conformer strictement au droit observé par tous les citoyens Romains ; néanmoins, le testament qu'ils auraient fait dans leur camp militairement, vaudra pendant un an, à compter de la date de leur congé ; si même ils viennent à mourir pendant le cours de cette année, et que la condition sous laquelle leur héritier avait été institué, ne dût arriver qu'après l'année, cela n'empêcherait pas que le testament ne valût comme militaire, *quia conditio retrotrahitur, ff. de peric. et commo. rei ven.*, *leg. necessario*, § *quod si pendente et qui potiores in pignore habent*, *leg. ult. et ff. eod.*, *leg. quod dicitur et leg. quod. constituitur.*

§ IV. Si même quelqu'un, avant d'être enrôlé, a fait un testament non revêtu des formalités requises, et qu'étant ensuite devenu soldat, il ouvre son testament dans une expédition pour y ajouter ou diminuer, *ff. de jur. codicil.*, *leg. conficiunt*, § *si miles*, ou qu'il manifeste de quelqu'autre manière, qu'il veut que sa volonté, renfermée dans ce testament, soit exécutée, le testament vaut comme revêtu d'une nouvelle volonté exprimée par un soldat ; ce qui revient au même que s'il en eût fait un autre sans formalités (2).

§ V. Il en est de même, si un soldat s'est donné en adrogation ou qu'il ait été émancipé, et qu'avant cette époque, il eût fait son testament, afin de disposer de son pécule castrense, *leg.* 23, *ff. hoc tit.* Ce testament semble ne devoir pas être valable à cause du changement d'état qu'a souffert le soldat ; mais il vaut cependant comme revêtu de la volonté d'un soldat, auquel il est permis de disposer sans formalités, pourvu que sa

---

(1) Nous disons *honorable*, car s'il était ignominieux, le testament cesserait aussitôt d'être valable, *ff. eod.*, *leg. testamentum*, *cod. cod.*, *leg. testamento* ; ainsi que s'il venait à être condamné à une peine capitale, *ff. de veter. succ.*, *leg.* 1ª., *in fin.*, il ne pourrait pas même tester ; de même que s'il avait trahi le service, ou qu'il eût abandonné le drapeau, *ff. de re milit.*, *leg.* 2 *et* 3, *ff. eod. leg. ex mil.* ; il pourrait cependant tester de ses biens *castrenses*, si on le lui avait permis par la sentence de sa condamnation, *ff. de inj. rupt. test.*, *leg. si quis filios*, § *irritum*, *tit. vers. sed et si quis, capite et de legatis* 3°., *in leg. si quis*, *in principio*, § *miles.*

(2) Ce qui est contraire à la règle, *quod ab initio non valet, tractatu temporis convalescere non potest*, puisque *ex post facto convalescit* : mais on va ici contre la règle générale, en faveur du service militaire.

volonté apparaisse de quelque manière que ce soit : ces sortes de testamens ne sont pas assujétis à la querelle d'inofficiosité, *de inof. test., leg. fin.*

§ VI. Les anciennes lois, *ut* 1ª. *leg.*, § *nec castrense de coll. bon.*, *leg.* 3, § *dari de bon. poss.*, *leg.* 1ª., § *in filiis ad Trebel.*, *leg. filius*, *ff. ad fin. de don.*, ainsi que les constitutions des princes, *cod. de adsess.*, *leg. velut*, *et cod. de advo. divers. jud.*, *leg. fin.*, à l'exemple du pécule militaire, en avaient introduit d'une autre espèce en faveur de certaines personnes constituées en dignités, comme les consuls, les chefs des légions, les gouverneurs des provinces, qui, quoique fils de famille, *cod. de inoff. test.*, *leg. fin.*, jouissaient de cette faculté; il leur avait été même permis comme aux soldats, malgré qu'ils fussent sous la puissance paternelle, de disposer de cette sorte de pécule, qu'on appelait quasi-militaire. *Justinien*, renouvelant ces anciennes lois par sa constitution au *cod. de inoff. test.*, *leg. fin.*, leur a donné plus d'étendue en permettant de tester à raison de ce pécule, non-seulement à certaines personnes, mais encore à tous ceux qui, par leur état, acquéraient de cette sorte de pécule *adventu* (1); toutefois, avec cette restriction, qu'ils se conformeraient aux formalités prescrites par le droit commun, ramené au *cod. de inof. testam. leg. fin.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 24. Tous les peuples civilisés ont établi des règles particulières pour les testamens militaires. Les Romains ne les avaient assujétis à aucune forme ; pourvu qu'il apparût de la disposition testamentaire, elle avait un plein et entier effet : parmi nous, le législateur a aussi pensé qu'il était équitable de favoriser les testamens des militaires; en sorte que, selon nos lois, tout soldat, en quelque lieu que ce soit, si d'ailleurs il est en

(1) Un fils de famille, quoique soldat ou dans la robe, ne pouvait tester du pécule adventice, quoiqu'il en fût essentiellement propriétaire, *cod. de bon. quæ lib.*, *leg. fin.*, § *de filiis autem in glosa.*

expédition, ou en quartier, ou en garnison, ou dans une citadelle assiégée, ou prisonnier hors du territoire, pourra faire son testament, lequel sera reçu par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires, en présence de deux témoins, (art. 981.)

Si, dans un hospice, le testateur est malade ou blessé, ses dispositions testamentaires pourront être reçues par un officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice, (art. 982.)

Chez les Romains, le testament fait *jure militari*, était nul, un an après le retour du soldat dans ses foyers : en France, ce délai a paru trop long au législateur, aussi l'a-t-il réduit à six mois, (art. 984) Effectivement, il n'était pas juste qu'un des actes les plus solennels de la vie de l'homme, affranchi en cas de mort de son auteur, de toutes formalités, en contemplation du tems et du lieu où il a été fait, conservât toujours la force qu'il tenait d'un privilége, alors même que le soldat se trouverait dans un lieu où il aurait la liberté d'employer les formes ordinaires, auxquelles tous les citoyens demeurent soumis.

TITRE XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Après avoir indiqué les formalités prescrites pour les testamens, et les personnes à qui il est permis de disposer ainsi, il est à propos de connaître celles qui en sont exclues : l'on peut dire généralement que tous ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui ne jouissent point de la faculté de tester, quand même ceux en la dépendance de qui ils se trouvent le leur permettraient (1), excepté les soldats et les gens de robe, qui le peuvent sans aucun consentement : ce privilége a été principalement accordé aux soldats ; en sorte qu'il leur était depuis long-tems libre de disposer du pécule qu'ils avaient acquis dans la guerre: suivant les anciennes constitutions des princes, *ut extravagantes*, ce droit même n'avait lieu, ainsi que les empereurs *Auguste*, *Nerva* et *Trajan* l'avaient statué, qu'à l'égard de ceux qui étaient actuellement au service : ce fut l'empereur *Adrien* qui l'étendit dans la suite par une épitre à ceux même qui ne servaient plus, et qu'on nommait vétérans : c'est pourquoi, s'ils venaient à tester de leur pécule castrense, il appartenait à celui qu'ils avaient institué héritier; si

(1) Il existe de cela plusieurs raisons ; la première, parce que le testament chez les Romains était de droit public, et non de droit privé, comme la donation, *ff. eod.*, *leg.* 3, et que l'institution ne doit pas dépendre du maître, *ff. de hæred. inst.* ; la seconde, par la raison qu'en donne la constitution au *cod.* 7, *de bonis quæ lib.*, § *filiis autem familias*, où il est dit, *melius est enim coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti filii tristem non sentiant casum qui eos post dispersum expectat patrimonium* : cette loi défend ainsi à tous les fils de famille de disposer, soit par testament, aliénation, hypothèque, et malgré leurs parens, des biens *in his duntaxat casibus in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari*, et à la loi 11, *cod. qui test. fac. poss.*, il est dit qu'ils ne peuvent tester, *nisi in certis casibus* ; d'où l'on peut conclure avec raison que, dans tous les cas où les fils de famille ont des biens sur lesquels le père n'a ni usage, ni usufruit, ni propriété, *ut in authenticis, ad leg.* 7, *de bon. quæ lib.*, ils au

au contraire ils mouraient *intestat*, sans enfans et sans frères (1), les parens étaient alors admis en vertu du droit commun (2), qui appelle les plus proches parens au défaut de ceux appelés par la loi; d'où l'on peut conclure que ce qu'un militaire avait acquis au service ne pouvait lui être enlevé, ni par son père, ni par les créanciers de ce dernier, ni devenir commun, après la mort de son père, avec ses autres frères et sœurs, quoique anciennement, selon le droit civil, *ut sup.*, *tit.* 9, § 1, les pécules de tous ceux qui étaient en puissance paternelle, étaient censés faire partie du patrimoine du père; ainsi et tout comme les pécules des esclaves étaient compris dans le patrimoine des maîtres, parce que l'exception a toujours subsisté à l'égard du pécule castrense et quasi-castrense; de même, si un fils de famille disposait par testament de toute autre sorte de biens, l'acte tombait de soi et devenait inutile, quand bien même ce fils se trouvait être père de famille à son décès.

§ I. On compte aussi parmi ceux qui ne peuvent tester les impubères, parce qu'à cet âge ils sont réputés n'avoir pas leur jugement assez formé pour pouvoir déterminer leur volonté. Il en est de même des furieux (3), parce qu'ils sont dépourvus de raison : un testament fait dans cet état n'en est pas moins nul, quoique l'impubère parvienne à la puberté et que le furieux recouvre la raison; les lois ne font pas militer pour eux la faveur accordée aux militaires dans l'espèce du § 4 du titre précédent.

---

peuvent en disposer à leur gré et sans le consentement de leur père, soit par testament, aliénation, donation, etc., indépendamment du pécule *castrense* et *quasi castrense*, pour lesquels il n'y a point de doute, et auquel on peut comparer l'autre espèce de biens sur lesquels les pères n'ont aucun droit; ce qui est conforme à la *nov. ut liceat matri et aviæ*, 117, *chap.* 1, § 1.

(1) Nous disons *sans enfans et sans frères*; car autrefois les enfans du soldat défunt, et à leur défaut, ses frères, excluaient le père, *cod. de com. succ.*, *leg. fin.* : aujourd'hui il n'y a que les enfans, *nov.* 118, *circa principium*, *ibi si quis igitur*; au défaut des enfans, le père succède avec les frères, *nov.* 118, *chap.* 2, § *si verò*.

(2) Comme ayant eu leur pouvoir le pécule profectif ou adventif, *ff. de cast. pecul.*, *leg.* 2ª.; il semble pourtant aujourd'hui que ce soit par droit héréditaire, *ut in nov.* 118, *chap.* 2.

(3) Ce qui est dit ici du furieux peut aussi s'appliquer à l'imbécille, *ff. de verb. oblig.*, *leg. fin.*

Cependant, si les furieux ont de bons intervalles où ils possèdent la raison, ils peuvent tester valablement, *cod. qui test. fac. poss.*, *leg. foriosum in ppio.*, puisque le testament qu'ils auraient fait avant d'être atteints de leur maladie serait valable; car la fureur qui survient après ne peut détruire ni un testament revêtu de toutes les formalités nécessaires, ni toute autre espèce de contrats (1), suivant la règle *non est novum, ut quae semel sunt utiliter constituta durent, etiamsi iscasus exiterit à quo incipere non possunt, leg. in ambiguis* 85, § 1°, *ff. de reg. jur.*

§ II. Le prodigue (2), à qui l'on a interdit l'administration de ses biens (3), ne peut également faire testament : les lois autorisent cependant celui qu'il pourrait avoir fait avant son interdiction.

§ III. Les sourds et les muets peuvent quelquefois faire testament: c'est pourquoi nous les distinguerons en sourds et muets, proprement dits, et en sourds et muets, improprement dits : les premiers sont ceux qui n'entendent absolument rien et qui ne peuvent proférer aucune parole ; ceux-là sont exclus de la faculté de disposer par testament : les seconds sont ceux qui entendent et parlent difficilement ; ceux-là peuvent valablement tester : ce qui a été introduit aussi en faveur des gens de lettres qui, par différens évènemens, sont quelquefois affligés de ne pouvoir parler et de n'entendre, que très-difficilement. *Justinien*, par sa constitution au code *qui test. fac. poss.*, a voulu pourvoir à ce malheur, en leur permettant de tester en certains cas, et de procéder même à d'autres actes, en se conformant toutefois à la règle prescrite par cette loi ; savoir, si le testateur est sourd et muet en même-tems, ce qui

---

(1) La fureur n'interrompt point l'usucapion commencée, *ff. de usucap. leg. justo*, § *rem.*, ni la possession demandée, *ff. de acqui. poss.*, *leg. si is qui animo sic*, *ff. de pecul.*, *leg. cum Tuberonis in ppio.*

(2) Le prodigue est celui qui ne met ni frein ni mesure à ses dépenses, *ff. de cur. fur.*, *leg.* 1ª.

(3) On peut être interdit de deux manières, par le juge et par la loi ; par la loi, *v. g. propter crimen.*, *leg. Julia maj.* : non-seulement l'interdit ne peut alors tester, mais le testament fait avant l'interdiction peut être cassé, *cod. ad leg. Jul. maj.*, *leg. fin.* ; ce qui aurait lieu quand même l'interdiction faite au prodigue aurait été ordonnée injustement, *ff. quæ senten. sinè app. re*, *leg.* 1ª., *in principio*, *et* § 1ᵐᵉ., *cod. quando provocare non est necesse*, *leg. secunda.*

est rare, il faut distinguer s'il l'est de naissance ou par évènement : dans le premier cas, il ne peut tester, parce qu'il n'est pas en son pouvoir de faire entendre sa volonté ; dans le second, il en a le pouvoir, s'il sait écrire : si le testateur est sourd sans être muet, que ce soit naturellement ou par évènement, dans l'un et l'autre cas il lui est permis de tester, parce que rien n'empêche, dès qu'il a l'usage de la parole, qu'il ne puisse de vive voix déclarer ses dispositions, quoique sourd ; si seulement il est muet, sans être absolument sourd, quelque cause qu'ait son infirmité, il peut tester, s'il déclare ses dispositions par écrit : ce qui a lieu pour les personnes de l'un et de l'autre sexe.

Nous remarquerons au surplus que, si après avoir fait son testament, un individu devient sourd et muet par suite de maladie ou de toute autre manière, cela ne porterait aucune atteinte à l'acte de dernière volonté.

§ IV. Il y a une forme particulière, prescrite par la loi 8 au code *qui test. fac. poss.*, pour l'aveugle qui veut tester : car il ne peut disposer suivant les formalités ordinaires, à moins qu'il ne fût que borgne, *cod. de execut. test., leg. frater* : c'est un testament nuncupatif qu'il doit faire en présence de sept témoins et d'un notaire qui le rédige par écrit ; et au cas où il n'y ait point de notaire, il faut qu'il fasse venir à sa place un huitième témoin, et que tous les témoins réunis souscrivent le testament, *propter maximum justissimumque metum falsitatis quam aliorum oculorum intentio discutit.*

§. V. Si quelqu'un se trouve au pouvoir des ennemis, soit comme ôtage, soit comme captif, *ff. eod. de test. leg. obsides*, et qu'il fasse son testament, il ne peut lui donner de validité, parce qu'il est considéré comme esclave ou quasi-esclave, *ff. eod. de test., leg. si filius sup., liv.* 1, *tit.* 3, § 4, et *ff. de lib. hos exhi., leg.* 2ª, quand bien même il reviendrait dans sa patrie ; si cependant le testament avait été fait avant qu'il fût pris par les ennemis, il serait déclaré valable, qu'il revînt ou qu'il ne revînt pas ; comme s'il revenait en vertu du droit de retour, fiction qui fait présumer qu'on n'a jamais quitté sa patrie, *sup. quib. mod. jus. pat. solvitur*, ou s'il ne revenait pas, en vertu de la fiction introduite par la loi *Cornelia*, par laquelle on est réputé être mort au premier moment de la captivité, et pendant qu'on était encore libre, *ff. eod. de test., lege Cornelia.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 26. Nous avons déjà vu qu'en France, la puissance paternelle différait essentiellement de celle admise chez les Romains; aussi n'aurons-nous point à parler dans ce titre des pécules et de la différence établie entr'eux dans les dispositions testamentaires.

A Rome, l'impubère ne pouvait disposer par testament: parmi nous, le mineur âgé de moins de seize ans, peut disposer, mais seulement dans le cas prévu dans le *chap.* 9, *du titre* 2 *du liv.* 3 du Code civil relatif aux dispositions entre époux, (art. 903.)

Lorsque le mineur est parvenu à l'âge de 16 ans, il peut aussi disposer par testament, (1) et seulement pour la moitié des biens que la loi livre à la disposition des majeurs. (art. 904.)

A Rome, le sourd, le muet et l'aveugle jouissaient de la faculté de tester; quoiqu'il n'existe pas à cet égard de texte précis dans notre code, il demeure cependant certain qu'un testament fait par un sourd par accident, un muet par maladie et un aveugle né ou devenu tel, sera valable, si d'ailleurs il est fait dans les formes voulues par la loi; ce qui résulte de la règle générale établie par le législateur, portant que toutes personnes peuvent disposer par testament, excepté celles que la loi en a déclarées incapables, (art. 902.) Or, le sourd, le muet et l'aveugle n'étant pas placés dans l'exception, il est vrai de dire qu'ils ont la faculté de disposer par testament; car la loi approuve tout ce qu'elle ne défend pas; ce qui peut s'induire encore des dispositions de l'art. 979.

Les femmes qui, chez les Romains, étaient privées de toute espèce de capacité civile, jouissaient cependant de la faculté de tester. Ce principe, fondé sur l'exacte justice, a été consacré parmi nous; quelque dépendantes que soient les femmes de la puissance maritale, elles n'ont besoin ni du consentement du mari, ni de l'autorisation du juge pour

---

(1) Ce qui ne lui permet pas de se lier irrévocablement; car *voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem.*

disposer par testament, (art. 905); la raison en est que cet acte ne doit avoir d'effet qu'après la mort.

Le prodigue, à Rome, ne pouvait tester, par la raison qu'il était confondu avec le furieux. Plus sage parmi nous, la loi ne l'a point déclaré incapable de disposer par testament; elle l'a distingué de l'imbécille et du furieux, en ce qu'elle prononce pour ceux-ci l'interdiction, et qu'elle nomme seulement au prodigue un conseil judiciaire, à l'effet de concourir avec lui à l'administration de ses biens. Il suit de-là que le prodigue pourra tester avec l'assistance de son conseil, à l'âge auquel la loi le lui permet, par la raison qu'il est alors capable de volonté.

TITRE XIII.

DE INSTITUTIONE ET EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

Indépendamment des formalités prescrites ci-dessus pour les testamens, il en est encore qui regardent le devoir des pères envers leurs enfans ; car celui qui a un fils en sa puissance, pour tester valablement, doit l'instituer héritier, ou l'*exhéréder* nommément. Les lois l'ordonnent ainsi, à cause de la piété paternelle dont le fils ne doit pas être injustement privé ; il suit de-là que s'il est passé sous silence, c'est-à-dire prétérit, le testament est radicalement nul, *ut infrà, de hæred. quæ ab intest.* § *ea*, et cela quand bien même ce fils décéderait du vivant de son père, *de inju. rupt. test., leg. filio*, § *fin.*, parce qu'ayant manqué des formalités dans le principe, ayant été par conséquent nul lors de la confection, ce vice ne saurait cesser de subsister, par la règle *quod ab initio non valet* (1) ; ce qui avait ainsi lieu à l'égard des enfans mâles au premier degré ; il en était autrement à l'égard des filles, même au premier degré, et des autres descendans par mâles ; car le défaut d'institution ou d'exhérédation à leur égard n'influait point sur le testament, ils en acquéraient seulement un droit d'accroissement de ce qu'ils auraient eu par testament, et ce jusqu'à une certaine portion, c'est-à-dire, à la moitié de ce qu'ils auraient pu avoir *ab intestat, cod. de lib. præt., leg. maximum ibi cùm enim contractus.* Il n'était pas même nécessaire, au cas qu'on voulût les exhéréder de le faire nommément, il suffisait qu'on

(1) Il en est autrement de la nullité du testament, provenue par l'agnation d'un posthume ; s'il décède avant la mort du père, le testament reprend toute sa force, *ff. de inj. rupt. test.*, *leg. posth. in principio*, parce que le testament avait été fait d'abord dans les formes, et que le vice n'était survenu qu'après la perfection de l'instrument ; ce vice cessant, il est naturel que le testament reprenne sa première vigueur.

le fît en termes généraux, *v. g.*, *entre mes autres enfans exhérédés j'exhérède un de mes enfans*; ou autrement, j'institue *Sempronius*, l'un de mes fils, et j'exhérède les autres. Si cependant on disait seulement j'exhérède mon fils, et qu'il eût plusieurs enfans, aucun ne serait censé exhérédé, *ff. de lib. et posth.*, *leg.* 2ª., parce qu'aucun ne serait déterminé; ce qui serait différent, si l'on avait ajouté j'exhérède les autres.

L'exhérédation faite *nominatim*, se faisait de cette manière : *Titius*, mon fils, soyez exhérédé; ou bien, mon fils, soyez exhérédé, à supposer que le père n'eût pas d'autres fils, pour avoir besoin de le distinguer, *ff. de lib. et posth.*, *leg.* 1, 2 *et* 25. (1)

§ 1er. Un père est également tenu d'instituer ou d'exhéréder les enfans posthumes, *ff. de lib. et posth.*, *leg. placet et leg. idcoque*, quoique la condition des mâles et des femelles du premier degré et des autres descendans vivans fût différente; quant à l'institution ou exhédération, elle était la même; cependant, pour les posthumes mâles ou femelles, s'ils étaient prétérits, le testament valait d'abord; mais il était ensuite cassé par la naissance du posthume : cependant si la femme de qui on croyait devoir naître un posthume, ne donnait qu'un *avorton*, cet espoir de créature était regardé comme s'il n'avait jamais existé, et les héritiers n'en avaient pas moins la faculté d'apréhender l'hérédité, *ff. de verb. sig.*, *leg. qui mortu.*, *et cod. posth. haered.*, *leg.* 1; quant à l'exhérédation des posthumes du sexe féminin, elle pouvait se faire nominément ou par une clause générale, auquel dernier cas il fallait leur léguer une chose quelconque, afin qu'il ne parût pas qu'ils eussent été prétérits; quant à l'exhérédation des posthumes mâles, elle ne pouvait être valablement faite que nommément, et en ces termes : j'exhérède tous les enfans qui naîtront de moi, *quicumque mihi filius masculus genitus fuerit*, *exhæres esto*; ce qui fut ensuite changé par le droit nouveau, comme on le verra au § 5 ci-après, d'après lequel on fut tenu d'exhéréder nommément tant les mâles que les femelles, soit nés, soit posthumes, *lege cùm in adoptione*, au code *de adopt.*

---

(1) Tout ceci a été réformé par la constitution au *cod. de lib. prat.*; on doit exhéréder nommément, tant les enfans mâles du premier degré, que les filles et les autres descendans, petits-fils et posthumes.

§ II. Les quasi-posthumes doivent être institués ou exhérédés de la même manière que les posthumes, puisqu'ils tiennent exactement la même place et produisent les mêmes effets que ces derniers. Les quasi-posthumes sont ceux qui, succédant à la place que tient l'héritier sien, deviennent par conséquent héritiers siens (1) de leur aïeul ou autres ascendans par mâles (2) en commençant d'être agnats, à l'effet de succéder comme s'ils venaient actuellement de naître : par exemple, quelqu'un qui a sous sa puissance un fils, et de ce fils un petit-fils ou petite-fille, quoique le petit-fils ou la petite-fille soient sous la puissance de leur aïeul, ils ne sont pas pour cela les héritiers siens, mais bien leur père, fils de l'aïeul, qui les précède d'un degré; si cependant ce fils vient à mourir du vivant de l'aïeul, ou à être mis hors de sa puissance de quelqu'autre manière que par la mort, *v. g.*, par l'émancipation, le petit-fils ou la petite-fille prennent la place de leur père, et succèdent par une quasi-agnation aux droits d'héritiers siens de leur aïeul. Nous disons quasi-agnation, parce qu'ils sont censés renaître à l'égard de l'aïeul pour représenter son propre fils; l'aïeul, pour éviter que son testament ne soit déclaré nul, doit donc instituer ou exhéréder nommément son fils, ainsi que son petit-fils ou petite-fille, dans la crainte que son fils venant à mourir de son vivant, ces derniers ne prennent sa place et ne rendent, de cette manière, par une quasi-agnation, son testament cassable : c'est ce qui a été prévu par la loi *Julia-Velleïa*, comme on le

(1) L'héritier sien est celui qui se trouve en la puissance du testateur au tems de sa mort, et qui est au premier ou au plus proche degré; tel est le fils qui est héritier sien de son père, au cas où il soit en sa puissance au tems de sa mort : mais le fils de ce fils n'est pas héritier sien, quoiqu'il soit en la puissance de l'aïeul lors de son décès, parce qu'il est exclus par son père, et qu'il ne monte au premier degré que par la mort ou l'émancipation de ce dernier : néanmoins, le petit-fils ne peut, dans aucun cas, être exclus par ses oncles, en vertu du droit de représentation qui a lieu en ligne directe à l'infini, *inf. de hæred. quæ ab intest. defer., leg.* 3, *tit.* 1, § *fin.*

(2) Nous disons *ascendans par mâles*, parce que la loi *Velleïa* n'a pas lieu à l'égard des femmes dont le testament ne peut être cassé par prétérition, *ff. de lib. et posth., l. g.* 5 *gallus*, § *nunc de leg. ibi nam et si ita verba sunt, et inf. eod.*, § *fin.*, *et nov.* 11, *chap.* 3; il est pourtant permis de l'attaquer par *inofficiosité*, *cod. de inof. test.*, *leg.* 1^a., *et inf. cod.*, § *mater.*

voit

voit au § 5, *ejus qui filium*, *leg. gallus* 29 *et in princ. et* § 1, 2, 3, 4 *et* 19, *videndum nunc hoc*, qui a introduit une forme d'exhéréder les petits-enfans ou quasi-posthumes, semblable à celle concernant les posthumes.

§ III. Les pères ne sont point tenus d'instituer ou d'exhéréder leurs enfans émancipés, parce que, par leur changement d'état, ils cessent d'être agnats; ils sont regardés comme des étrangers, et privés par conséquent du droit d'héritier sien; cependant le préteur a voulu qu'on pût les exhéréder, s'ils n'étaient pas institués héritiers; savoir, les mâles nommément, et les femelles en général, *inter caeteros*; en ajoutant que, s'ils n'étaient ni institués héritiers ni exhérédés, il leur serait donné la possession des biens contre la teneur du testament.

§ IV. Les enfans donnés en adoption, tant qu'ils restent sous la puissance de leur père adoptif, sont censés avoir les mêmes droits que s'ils provenaient d'un légitime mariage: c'est pourquoi le père doit faire à leur égard ce qu'il serait tenu de faire à l'égard de ses enfans naturels et légitimes, c'est-à-dire, les instituer héritiers ou les exhéréder; mais s'ils ont été émancipés par le père adoptif, ils ne sont plus comptés parmi ses enfans, ni par le droit civil, comme cognats, ni par le droit prétorien, pour être admis à la possession des biens; ils cessent totalement d'être regardés comme enfans, parce que tous les liens qui les unissaient à cette famille sont rompus par l'émancipation. Il n'en est pas de même des enfans naturels qui ne peuvent cesser d'être enfans par l'émancipation, par la raison qu'il est bien possible de dissoudre les liens civils, mais que rien ne peut faire perdre les liens du sang et de la nature; ainsi, les enfans en adoption étaient regardés comme propres enfans du père adoptif, tant qu'ils restaient sous sa puissance; et par la même raison, ils étaient regardés comme des étrangers à l'égard de leur père naturel, qui n'était obligé ni à les instituer ni à les exhéréder; mais lorsqu'ils ont été émancipés par le père adoptif, ils deviennent à son égard, quant aux liens civils, ce qu'ils seraient, n'étant pas entrés en adoption, s'ils avaient été émancipés par le père naturel.

Nota. Nous observerons que lorsqu'une fille avait été exhérédée, elle avait la quatrième partie de toute la substance qu'elle aurait eue *ab intestat*, sans être tenue

§ V. Ce que nous venons de dire aux § précédens, avait été introduit par l'ancienne jurisprudence ; mais *Justinien*, jugeant qu'il n'y avait aucune différence entre les mâles et les femelles, en ce que l'un et l'autre ne contribuent pas moins à la procréation, en s'acquittant du devoir qui leur est imposé par la nature, et encore par la raison que la loi des douze tables les appelait tous également à la succession *ab intestat*, ce que les préteurs semblent avoir suivi dans la suite, en leur accordant la possession des biens, lorsqu'ils n'avaient été ni institués ni exhérédés ; *Justinien*, disons-nous, par sa constitution au code *de lib. præt.*, *leg. maximum*, a introduit un seul et même droit pour les mâles et pour les femelles, et même pour tous les autres descendans par mâles (1), sans aucune distinction de sexe, non-seulement pour ceux déjà nés, mais encore pour les posthumes ; ordonnant qu'ils fussent nommément institués ou exhérédés, soit nés ou à naître, héritiers siens ou émancipés ; ainsi leur prétérition produit l'effet d'infirmer les testamens de leurs ascendans, et de priver les héritiers institués de l'hérédité. A l'égard des enfans adoptifs, il faut suivre la distinction qui se trouve établie en la constitution au code *leg.* 10, *in adoptivis de adoptionibus* : il en résulte qu'il faut distinguer les enfans qu'on a donnés en adoption à des étrangers, et ceux qu'on a donnés à des ascendans : dans le premier cas, comme les effets de l'adoption ont été abolis à l'égard des adoptans étrangers, le père naturel est tenu de faire mention des enfans par lui donnés en adoption, et en cas de prétérition, ils ont le droit d'attaquer son testament par défaut d'institution ou d'exhérédation : dans le deuxième cas, au contraire, on a conservé aux ascendans adoptans la même puissance effective qui se trouvait autrefois dans les adoptions, soit à leur égard, soit à l'égard des

---

d'aucune charge de legs, etc. ; la fille prétérite avait la moitié de ce qu'elle aurait eu *ab intestat* ; mais elle était tenue au paiement des legs, *usque ad integrum illius portionis* ; en sorte que l'exhérédée se trouvait avoir souvent plus que la prétérite, *leg.* 4, *maximum verbo*, *inventa fuerat*, *cod. de lib. præter.*

(1) Nous disons *descendans par mâles*, parce que les descendans par femmes n'étaient admis à attaquer le testament de l'ascendant que pour une moindre partie, *inf. de hæred. quæ ab intestat*, § 15.

étrangers, et les enfans adoptifs jouissent, envers les ascendans, des mêmes faveurs et droits dont ils jouissaient par l'ancienne jurisprudence; d'où il suit que les ascendans, pères adoptifs, sont tenus d'instituer ou d'exhéréder leurs enfans adoptifs, de la même manière que leurs propres enfans, à moins qu'ils n'aient été émancipés; auquel cas ils rentrent dans la famille de leur père naturel, qui est alors dans l'obligation de les instituer ou de les exhéréder; il doit même prudemment le faire, qu'ils soient émancipés ou non, pour prévenir la nullité qui pourrait subvenir dans son testament, et afin qu'en qualité de quasi-posthumes, au cas qu'ils vinssent à être émancipés dans la suite, ils ne pussent attaquer ses dispositions par défaut d'institution ou d'exhérédation.

§ VI. Si un militaire, pendant qu'il se trouve en expédition, fait son testament sans exhéréder nommément ses enfans déjà nés ou posthumes, et qu'il les passe sous silence, sachant bien pourtant qu'il a des fils sous sa puissance, cette prétérition est regardée comme une exhérédation qui, suivant les constitutions des princes, est tout aussi valable que si elle eût été faite nommément. (1)

§ VII. L'exhérédation ou l'institution n'est pas nécessaire dans le tes-

---

Nota. Suivant la *novelle* 115, personne ne peut exhéréder que pour les causes d'ingratitude, qui y sont détaillées au nombre de quatorze; il y en a aussi sept pour lesquelles les descendans peuvent exhéréder les ascendans, *chap.* 4; il y en a trois encore pour lesquelles un frère peut exhéréder son frère, *nov.* 22, *chap.* 46, § 3, *ingratitudinem.* Les causes pour lesquelles les parens exhérèdent, doivent être exprimées dans le testament, et l'héritier est tenu d'en faire la preuve, *sinè qua* le testament est nul quant à l'institution, et valable quant aux legs, *cod. de præt. lib.*, *leg.* 4, *auth. ex causa exhœredationis.*

(1) Les enfans peuvent seulement alors attaquer le testament par inofficiosité; parce que dans cette hypothèse, tout pécule se trouve confondu, puisque le soldat est *sui juris*; si cependant il n'était pas père de famille, il en serait autrement, parce que l'inofficiosité n'a pas lieu pour le pécule *castrense* ni *quasi-castrense*, *leg.* 37, *cod. de inoff. test.*; mais si le militaire ignorait avoir des enfans, le testament serait nul, à moins qu'il n'apparût qu'il était dans l'intention d'exhéréder tous les fils qui naîtraient de lui, *leg.* 7, *qui jure militari*, *ff. de test. milit.*

tament fait par la mère ou l'aïeul maternel à l'égard de leurs enfans ou descendans (1); ils peuvent les passer sous silence, sans risquer de vicier leur testament : car ce silence de leur part produit le même effet que l'exhérédation faite par le père (2), la mère n'étant point obligée d'exhéréder son fils ou sa fille, ni l'aïeul maternel son petit-fils ou sa petite-fille, quand bien même ils ne les institueraient pas; ils n'y sont obligés, ni par la force du droit civil, parce que ces descendans ne sont pas sous leur puissance; ni par la force du droit prétorien, qui accorde la possession des biens, contre le testament, aux enfans prétérits, parce que le préteur ne l'accorde qu'aux émancipés prétérits et non exhérédés, *ut sup.*, § 3, et que ces ascendans ne peuvent les émanciper, par la raison qu'ils ne sont pas sous leur puissance; d'où il suit que la possession, *contra tabulas*, ne saurait avoir lieu, *ff. contra tab.*, *leg. illud*, § *testamenta*. Il leur reste seulement une ressource, qui est la querelle d'inofficiosité, *ut leg.* 13, *cod. de inoff. test.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 27. L'institution d'héritier n'étant pas en France la base des testamens, la prétérition ne peut nuire au testament du père : tous les

---

(1) Les enfans ne sont pas non plus obligés, pour la validité de leurs testamens, d'instituer ou d'exhéréder leur mère et autres ascendans par ligne féminine; en ce cas cependant le testament peut être attaqué par inofficiosité, *leg.* 17. *cod. de inoff. test.*

(2) Le silence passe en ce cas pour l'exhérédation, *silentio omittere est exhœredare*, *leg. si patronos*, *ff. de bon. lib.* C'est ainsi que peuvent exhéréder le soldat, la mère et autres ascendans de la ligne féminine, les enfans, les frères et les sœurs : on ne peut même attaquer le testament des frères et sœurs, par inofficiosité, qu'au cas qu'une personne étrangère et infâme aurait été instituée; faut-il encore qu'il s'agisse de frères consanguins; car les utérins n'ont aucun droit d'attaquer le testament de leur frère, que pour cause de faux, ou défaut de formalités, *leg.* 27, *cod. de inoff. test.*

principes des lois romaines, relatifs à l'institution et à l'exhérédation, ne peuvent donc trouver aucune application parmi nous : la loi y veille toujours pour l'intérêt des enfans; et les testamens ne peuvent être argués de nullité, que par l'inobservation des formalités prescrites, (art. 1001).

TITRE XIV.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Nous avons vu jusqu'ici quels sont les enfans nés et ceux qui doivent naître, qu'on doit instituer ou exhéréder; nous verrons maintenant quels sont les étrangers qu'on peut instituer, et la manière de les instituer.

Selon le droit civil, le choix de celui qu'on veut instituer pour son héritier, est libre, c'est-à-dire, que le testateur peut instituer indifféremment un ingénu, un affranchi, son propre esclave ou l'esclave d'autrui, *leg. non minus, ff. eod.* Selon le sentiment de beaucoup de jurisconsultes, quoique les esclaves du maître fussent institués, ils n'acquéraient pas autrefois la liberté, à moins qu'ils ne l'eussent reçue expressément dans la disposition testamentaire; il demeure pourtant établi aujourd'hui, par la constitution au code *de necess. servis haered. inst., leg. cùm quidam,* qu'ils acquièrent la liberté par la seule présomption qui milite en leur faveur, en vertu de l'institution héréditaire, présomption dictée par l'humanité, et d'autant plus juste, qu'il n'est pas vraisemblable qu'on nomme un esclave pour son héritier, sans entendre à-la-fois le rendre libre; omission qui rendrait le testament inutile, faute d'héritier capable d'accepter : c'est à quoi *Justinien* a voulu remédier, non par manière d'innovation, mais en suivant ce qui avait autrefois paru équitable à *Attilicinus*, ancien jurisconsulte, comme le rapporte *Paul* dans ses livres, tant de *Massurius*, *Sabinus*, que de *Plautius*. En parlant des esclaves qui nous sont propres, on doit entendre par propre esclave, non-seulement celui dont on a la propriété et l'usufruit, mais encore celui dont le testateur n'a que la pure propriété, tandis qu'un autre en a l'usufruit (1).

(1) En ce cas même, quoique l'esclave soit affranchi par l'institution, il doit servir l'usufruitier tant que dure l'usufruit, le propriétaire n'ayant pu nuire aux droits d'un tiers, *leg.* 1ª. *cod. commun. de manumiss.*

Il est pourtant un cas où le maître n'a pas la liberté d'affranchir valablement son propre esclave, suivant la constitution de *Sévère* et d'*Antonin*, qui s'explique en ces termes : « Tout esclave accusé d'adultère » n'est point censé, avant la procédure accomplie, être valablement » affranchi par le testament de celle avec qui il est accusé d'avoir » commis ce crime (1) », *leg.* 12, § *sanè*, *ff. ad leg. Æliam-sentiam* ; d'où il suit que l'institution d'héritier, qu'une femme aurait faite de cet esclave, serait pareillement de nul effet.

§ I. Un esclave institué héritier (2) par son maître, s'il demeure toujours dans le même état de servitude jusqu'après la mort du testateur, c'est-à-dire, sans avoir été aliéné ni affranchi, *ff. si ex noxa caus.*, *ag.*, *leg.* 1ª., § 10, acquiert la liberté (3) par le testament, et devient hé-

---

(1) Tout le monde pouvait déférer ce crime à la justice, *cuilibet de populo*. S'il venait à être constaté, la femme était condamnée à mort, l'esclave à être brûlé, et les enfans déclarés indignes d'avoir part au patrimoine de leur mère, qui était entièrement réservé aux enfans légitimes, *leg. unicâ*, *in principio*, *cod. de mulierib. quæ se serv. propr. junx.* Si le crime était commis avec un esclave étranger, il ne pouvait être affranchi que soixante jours après l'accusation : on mettait ces esclaves à la question pour en arracher la vérité, en donnant toutefois au maître une caution pour le prix ou dommages, au cas qu'ils vinssent à mourir ou à souffrir du dommage, *leg.* 3, *cod. de adult.*, *et leg.* 27, *si postulaveris*, § *jub. ff. de adult.* S'il n'y avait point d'accusation, rien n'empêchait l'affranchissement ; si ce n'est le crime de lèze-majesté, après lequel tout testament et par conséquent tout affranchissement était nul, par la raison qu'on pouvait faire le procès à la mémoire du mort, *ad leg. jub. majestatis*, *cod.*, *leg. fin.*, *ff. de don.*, *leg. post. contractum*, *et leg. donationes*, § *fin.*

(2) On entend par esclave d'autrui, celui sur lequel on n'a que l'usufruit. Si l'usufruitier l'affranchissait, il serait censé libre, et jouirait seulement de la liberté pendant la durée de l'usufruit, *leg.* 1ª., § *si autem fructuarius*, *cod. communi.*

(3) Il acquiert la liberté, à moins que la loi ne s'y oppose, *ut leg.* 83. *ff. eod.*, suivant laquelle il ne devient libre, qu'autant qu'il peut faire face aux créanciers de l'hérédité, sans avoir besoin du prix de sa liberté ; si la liberté dépend d'une condition, *leg.* 9, § *fin.*, *ff. eod.*, il n'est pas héritier nécessaire ; s'il acquiert, par exemple, la liberté, en vertu de la loi 90, *ff. cod.*, il devient héritier nécessaire ; s'il acquiert la liberté de lui-même, par exemple, s'il a été institué pour une partie, et que le cohéritier n'accepte point, il se voit obligé de le faire lui-même, à moins que le testateur ne se fût exprimé ainsi : *lorsque quelqu'un sera mon*

ritier nécessaire ; si au contraire il a été affranchi du vivant du testateur, il dépend de lui d'accepter l'hérédité, parce que, pour y être forcé et être héritier nécessaire, il faut le concours de deux choses, être institué héritier et acquérir la liberté par le testament, *inf. de hæred. qual. et differ.*, § 10 : s'il a été institué héritier, et qu'il ait été aliéné avant la mort du testateur, il doit alors accepter l'hérédité de l'ordre de son nouveau maître, qui devient ainsi héritier indirectement par le moyen de son esclave; car une fois qu'il a été aliéné, quoiqu'il eût été institué héritier avec la liberté, il ne peut jouir de ces dispositions, parce que son ancien maître est censé les avoir révoquées par l'aliénation qu'il a faite de lui à un autre capable de recevoir par testament, *ff. eod., leg. servum meum, in fin.*, 1e. *respons.* ; mais si le testateur rachetait cet esclave, le testament reprendrait sa force par une présomption de la volonté du testateur, en sorte que l'esclave aurait et la liberté et la succession, *leg.* 9, § 16, *et leg.* 500, *hoc tit.*

Si quelqu'un institue héritier l'esclave d'autrui, et qu'il se trouve dans le même état de servitude après la mort du testateur, il doit accepter l'hérédité de l'ordre de son maître ; si, au contraire, il a été aliéné, ou du vivant du testateur, ou après sa mort, ou après avoir reçu l'ordre d'accepter, mais avant d'avoir réellement accepté, *ff. de acq. hæred.*, *leg. Antistius*, § 10, il doit accepter de l'ordre du nouveau maître (1) ; s'il a été affranchi du vivant du testateur ou après sa mort, avant l'adition de l'hérédité, il peut alors accepter ou ne pas accepter.

§. II. Rien n'empêche qu'on ne puisse aussi, dans le sens contraire,

---

héritier, que Stichus soit libre et héritier, leg. 58, *ff. de acq. hæred.* Lorsque l'esclave est libre et héritier sans le savoir, il n'est pas alors héritier nécessaire, parce qu'étant cohéritier, les autres se trouvent avoir accepté avant lui, *leg.* 4, *ff. de rebus ereditis.*

(1) Il en est autrement des legs où l'on regarde seulement le tems où ils sont dus, *v. g.* si au tems de la mort du testateur, l'esclave légataire est à moi, et que je l'aliène avant que la condition du legs arrive, le legs n'en est pas moins à moi; parce que, dès la mort, la propriété du legs passe aussitôt au légataire, *ff. quando dies legat.*, *cod.*, *leg. si post.*, § 20, *et in glosa verbo statim.*

instituer

instituer héritier un esclave après la mort de son maître, parce que les esclaves héréditaires sont capables de recevoir par testament, *habent testamenti factionem passivam*; en ce que, avant l'adition, l'hérédité représente la personne du défunt qui est toujours une personne certaine, et non la personne de l'héritier futur; (1) l'hérédité donc peut faire ce que le défunt ferait s'il vivait; elle peut faire accepter l'esclave qui, quoique son maître soit mort, n'est pas dans le cas de n'appartenir à personne, puisqu'il appartient à l'hérédité; aussi peut-on instituer l'esclave de celui qui est encore dans le sein de sa mère, parce qu'il passe pour né toutes les fois qu'il s'agit de son avantage, *ff. de statu hom., leg. qui in utero, et ff. eod., leg. ejus in princip.*

§. III. Un esclave appartenant à plusieurs maîtres capables de recevoir par testament, *inf. de hæred. qual. et diff., § in extremis*, étant institué héritier par un étranger, acquiert l'hérédité à chacun de ceux par ordre desquels il l'a acceptée (2), suivant leur portion de propriété sur sa personne : s'il était seulement institué par l'un de ses maîtres, l'hérédité n'en serait pas moins acquise aux autres associés pour la part les concernant, *ff. pro socio, leg. verum, § si servo communi.*

§. IV. Un testateur peut instituer un ou plusieurs héritiers, et même autant que bon lui semble, *quia voluntas testatoris est lex; auth. de nuptiis, §. disponat.*

§. V. On divise l'hérédité ordinairement en douze onces, qu'on renferme sous la seule dénomination d'*as*; ses parties ont chacune des noms propres, depuis le douzième qui est l'once, jusqu'au tout qu'on appelle *as*. Le mot once est un terme général qui s'applique à toutes les parties. On appelle *semuncia*, la moitié d'une once; *uncia*, une once; *sescuncia* ou *sesciunx*, une once et demie, *ff.*, *leg.* 8, § 8, *quoniam in fine de inoff. testam.*; *sextans*, deux onces, ou la sixième partie de

(1) L'héritier, s'il était représenté, serait au contraire une personne forte incertaine, parce qu'il serait dans l'ordre des choses possibles qu'il n'acceptât point, *inf. de stip. serv. in ppio.*; *ff. de acq. rer. dom.*, *leg. in eo*, *in fine et seq.*

(2) Il suffit que l'un d'eux donne ordre d'accepter, quoiqu'ils soient plusieurs, *ff. de acq. hæred.*, *leg. servus duorum.*

l'*as*; *quadrans*, trois onces ou la quatrième partie de l'*as*; *triens*, quatre onces ou la troisième partie de l'*as*; *quincunx*, cinq onces; *semis*, la moitié de l'*as*; *septunx*, sept onces; *bes*, huit onces, autrefois on l'appelait *des*, comme faisant tout ce qui reste après avoir ôté la troisième partie de l'*as*; *dodrans*, neuf onces, comme faisant tout ce qui reste après avoir ôté la quatrième partie de l'*as*; *dextans*, dix onces, comme faisant ce qui reste après avoir ôté la sixième partie de l'*as*, qui est deux onces, qu'on appelle *sextans*; *deunx*, onze onces, faisant ce qui reste de l'*as*, après en avoir ôté une once; enfin vient ce qu'on appelle *as*, qui renferme les douze onces, comme un sou, qu'on appelle aussi *as*, renferme douze deniers. Il n'est pas d'absolue nécessité que l'hérédité forme douze onces, car le testateur peut réduire l'*as* en aussi peu d'onces qu'il lui plaît; par exemple, s'il a institué un héritier en la moitié de l'*as ex semisse*, tout est censé compris dans cette moitié, et l'*as* alors n'est composé que de six onces, car on ne peut présumer que le testateur ait voulu seulement disposer de la moitié de ses biens et mourir *intestat* pour l'autre partie, *ff. eod. leg. interdum*; ce qu'on présume aussi dans le testament fait par un militaire, *cod. de test. milit.*, *leg.* 3, § *nam cum*, à moins qu'il n'ait disposé que des pécules *castrense* et quasi-*castrense*, car il peut disposer à sa volonté de cette sorte de biens sans disposer des pécules adventices ou profectices; pour les premiers pécules, on ne considère que la volonté du testateur, *leg* 2, *cod. de test. militis*; comme aussi il peut tester du pécule qu'on appelle *paganum*, et mourir *intestat* pour le pécule militaire: un testateur peut ainsi réduire son hérédité à un moindre nombre de parties que de douze qui forment l'*as*, il peut aussi la diviser en un plus grand nombre d'onces, *ff. eod. leg. interdum*, § *paterfamilias et leg. seq.*, *usquè ad legem ex facto*.

§. VI. S'il y a plusieurs héritiers institués, ou le testateur veut les faire héritiers égaux, ou il veut les instituer pour certaines parties. Dans le premier cas, il ne doit assigner aucune portion dans l'hérédité; dans le second cas, il doit assigner à chacun sa part; s'il a assigné expressément certaines parties à quelques-uns de ses héritiers, et qu'il ait omis d'assigner à l'un d'eux sa portion, s'il reste quelque chose pour remplir l'*as*, ce dernier est censé institué en cette partie; par la même raison,

si au lieu d'un il y a plusieurs héritiers institués sans que le testateur leur ait rien assigné, ils succèdent tous également à la portion qui restait pour remplir l'*as*; mais si au contraire l'entière hérédité se trouve épuisée par ceux auxquels les lots ont été assignés, et qu'il ne reste rien pour les autres institués, alors l'hérédité se divise en deux portions égales, dont l'une doit être pour ceux auxquels il avait été nommément assigné certaines parties, et l'autre moitié pour celui ou ceux qui avaient été institués sans assignation de lot : il importe peu d'ailleurs qu'on soit le premier, deuxième ou troisième institué sans assignation de lot, le testateur est toujours censé leur avoir destiné la portion qui n'a été assignée à personne.

§ VII. Il peut arriver aussi que chaque héritier ait été institué pour une partie, et qu'il en reste encore une qui ne soit assignée à personne; auquel cas, par exemple, si trois ont été institués héritiers chacun pour la quatrième partie de l'*as*, *pro quadrante*, le quart restant doit, suivant la volonté tacite du testateur, accroître à chacun, suivant sa portion héréditaire : ces trois héritiers doivent être regardés en cette hypothèse comme s'ils eussent été chacun institués *pro triente*, pour une troisième partie de l'*as* ou de l'hérédité : ainsi, d'après ce que nous venons de dire, que la portion accroît à un chacun des héritiers, de même, dans le sens contraire, elle décroît : par exemple, s'il avait été institué quatre héritiers chacun *pro triente*, comme il manquerait une portion, il faudrait que la part de chacun décrût, *servatâ proportione*, de la même manière que si chacun des quatre héritiers avait été institué *pro quadrante*.

§ VIII. Mais si la division a été faite par le testateur en plus de douze onces, c'est-à-dire, qu'il ait légué plus de douze portions, en ce cas, l'hérédité se divise en vingt-quatre parties, qu'on appelle *dupondius*, c'est-à-dire, double *as* : celui ou ceux qui ont été institués sans assignation de lot, doivent avoir ce qui reste du double *as*; s'il se trouve totalement épuisé par ceux qui sont nommément appelés à des portions expressément désignées, et qu'il ne reste par conséquent rien pour les autres institués, le double *as* alors se divise en deux parties égales, tout ainsi que nous venons de le dire ci-dessus, au § *6 verbo partibus autem* ; lesquelles parties, quoiqu'il y ait un plus grand nombre d'onces, sont

toujours réduites et renfermées dans l'*as*; comme, par exemple, si j'institue un premier héritier pour six onces, un deuxième pour huit onces et un troisième pour ce qui reste dans mon hérédité, sans faire mention d'aucune partie, quoique ce dernier ait pour ce qui reste dix onces, néanmoins c'est comme s'il n'en avait que cinq de l'*as* : car, dans le fait, le premier qui paraît en avoir six n'en a que trois, et le deuxième qui paraît en avoir huit n'en a, par le fait, que quatre, *leg.* 87, *ex unius*, *ff. eod.*: ce que nous venons de dire *de dupondio*, doit avoir lieu aussi pour le trible et le quatrible *as tripondio*, qui est trente-six onces, et *quadripondio*, qui est quarante-huit onces.

§ IX. Il est libre à un testateur d'instituer un héritier purement ou sous condition (1); mais il ne le peut, depuis un certain tems, ni jusqu'à un certain tems; comme par exemple cinq ans après la mort, ou depuis telles juqu'à telles calendes, parce qu'un testateur ne peut mourir partie *testat* pendant un tems, et *partie intestat* pendant un autre, et que l'institution d'héritier ne peut être divisée, et représenter le testateur pour un tems et non pour un autre : c'est pour cela qu'on regarde comme nul et comme non apposé, le jour fixe qui se trouverait dans une institution; laquelle serait toujours regardée comme faite purement, *leg.* 34, *ff. eod. et leg.* 9, *cod. cod.*; ainsi, par cette fiction, la volonté du défunt se trouve conservée, et reçoit son exécution, à moins cependant que le jour ne fût incertain, auquel cas on-pourrait l'assimiler à une condition, *leg.* 75 *et leg.* 79, § 1°., *et leg.* 1ª., § 2°., *ff. de cond. et demonst.*

(1) La condition est une clause qui fait dépendre une chose d'un évènement incertain; on la divise en possible et en impossible. La première est subdivisée en potestative, casuelle et mixte; la potestative est celle qui est au pouvoir de l'héritier, *verb. g. si romam ibit vel non ibit*; celle-ci ne suspend pas l'hérédité; l'héritier peut accepter aussitôt, en cautionnant toutefois, *leg.* 7, *ff. de cond. et dem.*, qu'il ne fera rien contre la condition. La casuelle est celle qui dépend d'un évènement humain, *v. g.* si l'héritier est nommé consul; la mixte est celle qui dépend, partie de l'héritier et partie du sort, *v. g.* si l'héritier va à Rome, lorsque *Mœvius* sera consul, *ff.*, *leg.* 13, *de acq. hæred.*, *leg. unicâ*, § 7, *cod. de cad. toll.* La condition impossible, *pro non adjecta habetur.* La condition rend l'institution incertaine, et l'évènement a un effet rétroactif à la mort du testateur, comme si l'institution était faite purement et sous condition; sans cet effet rétroactif, le testateur serait censé mort *intestat*, pendant le tems passé, jusqu'à l'évènement de la

§ X. Les conditions impossibles (1) sont aussi regardées comme nulles et de nul effet, tant pour les institutions et les legs que pour les fidéicommis et les dons de la liberté. C'est improprement qu'on les appelle conditions, puisqu'il est certain qu'elles n'arriveront jamais, et qu'une condition présuppose toujours quelque chose qui peut arriver.

§ XI. Si plusieurs conditions sont apposées dans une même institution, il faut examiner, pour l'accomplissement, si elles sont unies par une conjonction copulative ou disjonctive; si c'est copulativement *v. g.* si le testateur a dit, si telle et telle chose se font, il faut les accomplir l'une et l'autre; si c'est disjonctivement *v. g.* s'il a dit, si telle ou telle chose se fait, il suffit d'en accomplir une.

§ XII. Le testateur n'a pas besoin de connaître ceux qu'il veut instituer héritiers; car l'institution peut avoir lieu même en faveur de ceux qu'il n'aurait jamais vus *v. g.* les fils d'un frère qui habiterait un autre

---

condition; ce qui serait contraire aux lois, 41 *ff.*, *de test. milit.*, *et leg.* 8, *cod. eod.* qui défendent que quelqu'un *ex paganis* décède *testat* pendant un tems, et *intestat* pendant un autre; si la condition n'arrive point, l'institution est nulle et sans effet; et s'il n'y a point d'autre héritier d'institué, le testament est pareillement nul, et l'hérédité est déférée *ab intestat*, *leg.* 6, *ff. de cond. instit.*

(1) Une condition peut être impossible *naturâ*, *si cœlum digito tetigeris*, *hœres esto*, *inf. de inut. stip.*, § *si impossibilis*, *v. g.* s'il tue *Mœvius*; s'il ne rachète point son père des ennemis, *de cond. instit.*, *leg. filius facto*; *si montem aureum dederis*; en ce cas, l'institution est nulle, même le don de la liberté, parce qu'on présume que la volonté du testateur a été de ne point donner, *ff. de statu lib.*, *leg. hœres*: enfin, par une perplexité de mots qui s'entrechoquent de manière que la condition ne puisse arriver, *v. g.* si *Sejus* sera mon héritier, *Titius* soyez héritier; si ce n'est pas *Titius*, *Sejus* soyez héritier, *ff. de cond. instit. leg. si Titius*. La condition impossible rend nuls tous les contrats auxquels elle est apposée, *leg. si impossibilis*, *inf. de inut. stip.*, *leg.* 7 *et* 35, *ff. de verb. oblig.*, *leg.* 1ª., § 11, *et leg.* 31, *ff. de oblig. et act.*, parce qu'il y a lieu de croire qu'on n'a pas voulu donner son consentement à de pareilles conditions, *leg. non solum* 31, *ff. de oblig. et act.*; au contraire, dans les testamens, l'on ne présume pas que le testateur ait voulu faire un acte inutile, *nemo in ultimis voluntatibus ludere præsumitur*; mais on l'attribue à un défaut de réflexion, interprétation favorable que l'on devait à l'exécution des dernières volontés, sans laquelle on verrait souvent des gens mourir *intestat*, *leg. in testamentis*, *ff. de reg. jur.*

lieu ou qui serait en voyage ; l'ignorance où pourrait être le testateur ne saurait nuire à l'institution et la rendre inutile.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 28. La matière contenue dans ce titre nous est presque totalement étrangère, aussi n'aurons-nous à nous occuper que de l'institution d'héritier en général. A Rome, elle était l'unique base des testamens : selon nos lois, on pourra, par testament, faire un héritier ou un légataire sous l'une et l'autre dénomination. Les droits sont les mêmes ; car ces deux mots sont synonimes, (art. 1002) : ce qui n'introduit d'autre distinction que celle d'héritier légal ou naturel, (art. 1004), et d'héritier institué ou légataire, (art. 1003.)

TITRE XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Il vient d'être parlé des institutions au premier degré. Ce titre et le suivant contiennent la matière relative aux institutions au deuxième et au troisième degré ; il y en a de deux espèces : ce titre comprend celle qui se pratique le plus vulgairement par quiconque a le droit de tester, et en faveur de tous ceux qui peuvent recevoir par testament.

Il est libre de faire dans son testament (1) autant de degrés d'héritiers que l'on veut; *v. g.* j'institue *Pierre* mon héritier ; si *Pierre* n'est pas mon héritier, je lui substitue *Mœvius* ; et si *Mœvius* n'est pas mon héritier, je lui substitue *Titius* : ainsi, d'héritier en héritier, le testateur peut substituer à l'infini jusqu'au dernier degré; en sorte même qu'au cas où son hérédité fût suspecte, et que personne ne voulût s'en charger, il peut instituer son esclave qui devient son héritier nécessaire, *inf.*, *tit.* 19, § 10.

§ I. On peut non-seulement substituer l'un à la place de l'autre, mais encore plusieurs à la place d'un seul, ou un seul à la place de plusieurs, ou bien substituer quelqu'un en particulier à chaque héritier institué, ou bien les substituer les uns aux autres.

§ II. Si ces héritiers, ainsi substitués les uns aux autres, avaient été institués en des portions inégales, *v. g.* l'un en six onces, l'autre en quatre, et le troisième en deux, et qu'il ne fût point fait mention dans la substitution pour quelle part, elle aurait lieu à l'égard de

(1) La substitution n'a pas lieu dans les codicilles ni autres actes de dernière volonté pour avoir un effet direct, parce que l'institution n'a lieu que dans les testamens, *de codicil.*, *inf.*, § *pen. et cod. de codicil.*, *leg. hæreditatem*, à moins que le testateur n'ait pensé que le testament vaudrait comme codicille, auquel cas l'institution directe se convertit en fidéicommis, *leg.* 77, *ff. ad Trib.*, *et cod. de codicil.*, *leg. fin.*, § *illud quoque.*

chacun, suivant le sentiment de l'empereur *Pie*; on est censé avoir dans la substitution la même part qu'on avait dans l'institution, *v. g.* si celle-ci qui avait six onces dans l'institution n'acceptait point, alors celui qui avait quatre onces, accroîtrait de quatre onces, et celui qui n'en avait que deux accroîtrait seulement de deux onces, *ff. eod.*, *leg. si in testamento*, *et leg. si plures et cod. eod.*, *leg.* 1ª.

§ III. Ceci est dans l'espèce où un héritier a son cohéritier pour substitué, et que celui-ci ait encore un autre substitué, *substitutus substituto*, *intelligitur substitutus instituto*; *v. g.* j'institue *Titius* et *Sejus*; si *Titius* n'est pas mon héritier, je lui substitue *Sejus*; et si *Sejus* n'est pas mon héritier, je lui substitue *Mœvius*; si *Titius* ni *Sejus* n'ont accepté l'hérédité, il est alors sans difficulté, suivant les empereurs *Sévère* et *Antonin*, que *Mœvius*, dernier substitué, doit avoir, et la partie de *Titius*, et la partie de *Sejus*, quoiqu'il ne soit substitué qu'à ce dernier; parce que, par la répudiation, la portion de *Titius* est censée s'être unie à celle de *Sejus* son substitué; et que la substitution, en faveur de *Mœvius*, doit entraîner toute la succession passée sur la tête de *Sejus*, *leg. si Titius est*, *leg. cohœrede in principio*, *ff. eod.*; autrement, le testateur serait réputé mort *intestat*, pour la portion de *Titius* (1); il en serait autrement, si *Titius* acceptait l'hérédité, et qu'il n'y eût que *Sejus* qui répudiât, *Mœvius* n'aurait alors que la portion de *Sejus*, auquel il avait été substitué.

§ IV. Un testateur, croyant qu'un esclave qui appartenait à autrui fût libre et père de famille, l'a institué héritier, et au cas où il ne fût point héritier, lui a substitué *Mœvius*; si l'esclave a accepté de l'ordre de son maître, *Mœvius*, quoiqu'il ne soit que substitué, est pourtant admis à une partie (2) de la succession. Ces paroles, *s'il n'est point mon héritier*,

(1) Il en est autrement de la substitution pupillaire qui ne dépend point de l'institution du père, l'une peut manquer, et l'autre demeurer valable, *ut leg.* 47, *ff. de vulg. subst.*

(2) La loi, *si patrifamiliâs*, *ff. de hæred. inst. in fin.*, divise l'hérédité en deux moitiés, *in duos semisses*, dont l'une est entièrement pour le substitué; et l'autre moitié, *alter semis*, se divise entre le maître de l'esclave institué et le substitué, par portions égales. La loi 41 divise, au contraire, l'hérédité entre le maître et le substitué, sans ex-

devant

devant s'entendre ainsi, s'il n'est point lui-même héritier, au cas qu'il soit affranchi avant l'acceptation de l'hérédité; au cas que, n'étant pas affranchi, il ne puisse acquérir la succession à celui sous la puissance duquel il est actuellement, comme ne voulant point qu'il accepte. Au contraire, si le testateur institue pour héritier un esclave d'autrui, qu'il croit père de famille, et par conséquent libre, par ces mots, *s'il n'est pas mon héritier*, on ne doit entendre autre chose que s'il n'acquiert pas l'hérédité pour lui, ou qu'ayant changé d'état, il ne fasse pas un autre héritier, c'est-à-dire, celui en la puissance duquel il pourra ensuite se trouver, soit parce qu'il se sera vendu pour participer au prix ou qu'il se sera donné en adrogation, et que ni l'adrogateur ni le maître de cet héritier ne voulussent point qu'il recueillît la succession : c'est ainsi que *Tibère César* en usa à l'égard de son esclave *Parthenius*, qui avait été institué héritier avec substitution : l'hérédité fut divisée entre *Tiberius*, maître de l'esclave, et le substitué, *leg.* 41, *et hoc Tiber.*, *ff. de haered. instituendis.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 29. (*Vide* le nombre 30, à la fin du titre suivant.)

---

primer de quelle manière s'opère cette division. Nous pensons que la division doit être faite par moitié, par la raison que c'est par un esprit d'équité qu'elle a lieu. Les droits du maître contrebalançant ceux du substitué, l'un s'appuie sur ce qu'il est constant que l'esclave a été institué héritier; l'autre sur l'erreur où a été le testateur, en croyant l'esclave père de famille ; dans ces circonstances, il paraît équitable de partager *l'as* en deux portions égales, pour appartenir, l'une au maître, et l'autre au substitué.

TITRE XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Non-seulement l'on peut substituer vulgairement de la manière que nous venons de le dire au titre précédent, aux enfans impubères qu'on a en sa puissance (1), c'est-à-dire qu'au cas qu'ils ne soient pas nos héritiers, un autre le soit à leur place; mais encore, quoiqu'ils ne soient pas nos héritiers, on peut leur donner un héritier, au cas qu'ils décèdent impubères; âge où ils ne peuvent pas tester: c'est ce qu'on appelle substitution pupillaire; elle se fait ainsi: *Titius*, mon fils, soyez mon héritier; et dans le cas où vous ne serez pas mon héritier, et que vous décédiez avant la puberté, *Sejus*, soyez alors mon héritier, auquel cas, si le fils n'est pas héritier, le substitut sera héritier du père seulement: mais, si le fils est héritier du père, et qu'il meure avant la puberté, le substitut succède alors tant aux biens du père qu'à ceux du fils, *ff. eod.*, *leg. paterfamiliâs*, les uns et les autres étant confondus en ce cas sur la tête de ce dernier; l'usage ayant introduit en faveur des pères le droit de tester en faveur de leurs enfans, lorsque, à cause de leur âge, ils ne peuvent disposer par testament, *cod. de impub. et aliis subst.*

§ Ier. *Justinien*, excité par le même motif, ordonna par sa constitution au code *de impub. et aliis substitutionibus*, *leg. humanitatis*, que ceux qui auraient des fils, petits-fils ou arrière-petits-fils pubères ou impubères, en état de fureur ou de démence, quelque fût leur sexe, pourraient, à l'exemple de la substitution pupillaire, leur substituer certaines personnes, *v. g.* leurs enfans, leurs frères, et ensuite tout autre, quoique étranger, *dicta leg. humanitatis*; substitution qui prend fin par le recouvrement de la raison, de même que la pupillaire prend fin par la puberté.

(1) La mère ne peut substituer pupillairement, à cause du défaut de puissance sur ses enfans qui fait le fondement de cette substitution, § *cæteri*, *inf. de hæred. qual. et differen.*, *ff. fœminæ supra*, *de adopt.*

§ II. Il suit de-là que la substitution pupillaire renferme en quelque façon deux testamens, celui du père et celui du fils, ainsi et tout comme si ce dernier eût lui-même institué un héritier; ou pour parler plus juste, ce n'est qu'un testament, puisqu'il n'est fait que par une seule personne, *leg.* 20, *ff. eod.*, renfermant deux institutions; savoir, celle du fils et celle du père, et par conséquent la disposition de deux hérédités.

§ III. *Justinien* permit encore, au cas que le testateur craignît qu'après sa mort on tendît quelque piége au pupille, et qu'on attentât à sa vie (1) pour acquérir des droits à l'hérédité, d'insérer la substitution vulgaire dans la première partie du testament, en présence de témoins; mais à l'égard de la substitution pupillaire, par laquelle le substitué est appelé, si le pupille est héritier et qu'il meure avant la puberté, le testateur a la faculté de l'écrire séparément, de la lier et cacheter, après avoir toutefois défendu dans la partie publique du testament, d'ouvrir ce qui regarde les dispositions concernant le pupille, pendant tout le tems de son impuberté : ce qui n'empêche pas pourtant que la subtitution pupillaire et le testament en entier ne soient valables, quoique la substitution pupillaire soit renfermée dans une même partie, avec l'institution d'héritier; cette formalité étant purement facultative, n'est nullement de rigueur.

§ IV. On peut non-seulement substituer pupillairement aux enfans qu'on institue héritiers, mais encore aux exhérédés : c'est pourquoi, dans ce cas, tous les biens du pupille appartiendront au substitué, de quelque manière qu'il les ait acquis, par successions, par legs et donations de ses proches ou de ses amis. Tout ce que nous venons de dire de la substitution pupillaire, soit que les impubères aient été institués héritiers dans le testament de leur père, soit qu'ils aient été exhérédés, doit s'entendre et s'appliquer aussi à tout ce qui regarde les posthumes.

§. V. Si un père veut tester pour ses enfans, il ne lui est permis de le faire qu'autant qu'il teste aussi pour lui (2), puisque le testament du pupille doit faire partie de celui du père et en être même la suite, sur-

(1) *Racarelle* tua un pupille pour s'approprier la succession.

(2) Le soldat peut néanmoins substituer pupillairement sans instituer lui-même un héritier, *ff. eod.*, *leg.* 2., § *quisquis.*

tout lorsque le fils ne s'y trouve pas institué, *ff. eod., leg.* 2, *§ priùs, § sed si quis*, et *§ sed et si*, et *§ fin.*, de manière que si le testament du père n'est pas valable, il entraîne la nullité de celui du fils, qui n'est que l'accessoire de l'autre, *leg.* 125, § 10 et 178; *ff., de reg. jur.*

§. VI. Un testateur qui a plusieurs enfans, peut leur substituer à chacun en particulier, ou bien à celui qui mourra le dernier en pupillarité, *v. g.* : *Titius*, soyez l'héritier de celui de mes enfans qui mourra le dernier en pupillarité. Il substitue à chacun d'eux, lorsqu'il ne veut pas qu'aucun meure *intestat*; il substitue à celui qui décèdera le dernier, lorsqu'il veut leur conserver en entier le droit de succéder entre eux *ab intestat*; parce qu'alors le patrimoine de tous ne passe au substitué qu'après la mort de tous ses enfans.

§. VII. La substitution pupillaire peut se faire nommément, ou en termes généraux. La première se fait en ces termes : que *Titius* soit héritier; la seconde se fait ainsi : que tous ceux qui seront mes héritiers le soient à mon fils impubère, s'il meurt avant la puberté. Par cette dernière manière de substituer, se trouvent appellés tous ceux qui ont été institués héritiers du père, et qui ont accepté l'hérédité (1), et chacun à proportion de la part pour laquelle ils sont héritiers du père, *ff. eod. leg. si pater, et suprà, tit.* 15, § 2.

§. VIII. Le tems pendant lequel les pères peuvent substituer pupillairement à leurs enfans, est fixé jusqu'à quatorze ans accomplis, *suprà qui mod. tut. finit. in principio*, pour les mâles, et jusqu'à douze ans accomplis pour les filles; la substitution s'évanouit autrement, dès qu'on a passé l'âge de pupillarité, à moins qu'un fils étant institué héritier, ne soit chargé de rendre les biens qui viennent du père, à quelque âge qu'il meure, *cod. fideicom., leg. si frater*, c'est ce qu'on appelle substitution indirecte ou fidéicommissaire.

§. IX. Cette manière de substituer dont nous venons de parler, ne

(1) On entend que ce soit eux-mêmes qui soient réellement héritiers; car la substitution pupillaire n'aurait pas lieu s'ils acquéraient seulement pour leur maître, s'ils étaient esclaves; ou pour leur père, s'ils étaient enfans de famille, ou que ce fût l'héritier de l'héritier institué, *ff. eod., leg. cum filio, et leg. qui liberis, § hæc in.*

peut avoir lieu pour un étranger ou pour un enfant pubère, de façon que s'il est héritier et qu'il accepte, un autre puisse être son héritier; s'il meurt dans un certain tems, tout ce que peut faire le testateur, c'est d'obliger son héritier, par fidéicommis, en le priant de rendre à un autre son hérédité en tout ou en partie, ce qui peut se faire ainsi, *si filius meus quandocumque decesserit, rogo ut Titio restituat, vel substituo ei Titium, ff. ad Treb., leg. ex facto primo respon., et leg. Scævola.* Ce terme *substituo* est un terme général qui peut se prendre et pour la substitution directe, et pour la fidéicommissaire; il en sera question au titre 23 *inf.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 30. En France, par une règle générale, les substitutions sont prohibées; toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier ou le donateur serait chargé de conserver et de rendre à un tiers serait nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier ou du donateur, (art. 896). Néanmoins le législateur a senti *que tout détruire était un abus*; aussi a-t-il permis certaines dispositions en faveur de leurs petits-enfans ou des enfans de leurs frères et sœurs, *chap. 6, tit. 2, liv. 3* du code civil, auquel nous renvoyons.

TITRE XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Nous avons vu ci-dessus la manière de faire des testamens valables; nous verrons maintenant comment ils peuvent être attaqués et annullés.

§. Ier. Les testamens faits selon les lois, sont bons et valables, tant qu'ils ne sont ni cassés, ni infirmés; ils sont cassés, lorsque le testateur demeurant toujours dans le même état, un individu qui n'existait pas ou qui n'avait pas de qualité lors de la confection, vient les attaquer, *v. g.* si quelqu'un, après avoir fait son testament, prend en adrogation par rescrit du prince un père de famille, ou que, conformément à la constitution au Code *de adopt.*, *leg. cum in adoptivis*, faite pour les ascendans, il prend pardevant le préteur un fils en adoption; dans ces deux espèces, s'ils n'ont été ni institués ni exhérédés, le testament est cassé, comme par la quasi-agnation d'un héritier sien, tout ainsi et de la même manière qu'il le serait par la naissance d'un posthume, *ff. de inj. rup. test.*, *leg.* 1^a^., *in fin. et leg.* 3^a^., *in ppio.*, *et leg. certum.* (1)

§ II. Pareillement un premier testament fait dans les formes se trouve cassé par un postérieur, parce qu'un homme ne saurait avoir deux volontés qui s'entrechoqueraient nécessairement : on préfère le dernier au premier, parce que la dernière volonté est toujours censée, avec juste raison, être la véritable ; ce qui a lieu, soit que l'héritier ait ou non accepté l'hérédité; on considère seulement si quelqu'un a pu être héritier; c'est pourquoi si l'héritier institué dans le second testament ne veut point accepter l'hérédité, ou qu'il meure du vivant du testateur, ou après

(1) Le changement d'état, comme l'adoption, l'émancipation, n'attaque pas le testament militaire ou quasi-militaire, *leg. ult.*, *ff. de cap. diminut.*

la mort du testateur, mais avant d'avoir accepté l'hérédité (1), ou que la condition sous laquelle il avait été institué ne soit pas accomplie : dans tous ces cas, quoiqu'il y ait un autre testament, dont l'héritier soit prêt à accepter, le testateur n'est pas moins réputé mort *ab intestat*; car le premier ne saurait valoir dès qu'il a été une fois cassé expressément ou tacitement par un postérieur; le second devient également sans effet, dès que personne ne s'est porté héritier.

§ III. La cassation du premier testament par un second a encore lieu dans l'espèce où quelqu'un a fait un premier testament revêtu de toutes les formalités requises, et qu'il en a fait un second également parfait; ce dernier n'est pas moins le seul valable, quand même l'héritier s'y trouverait institué, non à titre universel, mais en certaines choses (2) : ce qui est conforme au rescrit des empereurs *Sévère* et *Antonin*, que nous allons insérer ici, vu qu'il contient encore d'autres choses; mais avant, nous croyons qu'il convient d'exposer l'espèce dans laquelle ce rescrit a été donné. Un testateur avait fait un premier testament, selon toutes les formalités; il en avait fait encore un second tout aussi parfait, dans lequel il avait institué un héritier en certaines choses, en ajoutant qu'il voulait que les dispositions faites dans son premier testament fussent valables. Les empereurs *Sévère* et *Antonin* répondirent à cette question proposée par *Cocceïus Campanus*, en ces termes : « Un second testament, dans lequel l'héritier n'est institué qu'en certaines choses, est aussi valable que si on n'eût fait mention d'aucune dans l'institution; mais il faut tenir pour certain que cet héritier doit se contenter de ce qui lui a été donné, ou de la quarte-falcidie, pour y suppléer au cas que la chose donnée se trouvât au-dessous, et il doit rendre l'hérédité à ceux qui ont été institués dans le premier testament, en vertu de la clause apposée au second, qui marque le fidéicommis; laquelle clause démontre évidem-

(1) D'où l'on voit que l'héritier ne transmet point à ses héritiers les droits qu'il aurait ou qui pourraient lui venir, à moins qu'il ne soit immiscé dans la succession, *cod. de codic. toll.*, § *in novissimo.*

(2) Lorsqu'on est institué pour une chose certaine, l'institution est bonne, s'il n'y a pas de cohéritier d'institué; auquel cas, on le prendrait seulement pour un légataire, *ff. de hæred. instit.*, *leg.* 1., § *si ex fundo in glos.*

ment que le testateur a entendu que les dispositions contenues au premier testament fussent valables. » Voilà les trois manières par lesquelles un testament peut être rompu, savoir, par la rogation, par l'agnation et par la confection d'un second testament.

§. IV. Il est une autre manière d'attaquer les testamens, qu'on appelle par nullité ; ce qui arrive toutes les fois que le testateur souffre un changement d'état quelconque, changement qui peut arriver de plusieurs manières, ainsi que nous l'avons détaillé au *livre* 1er., *tit. de capitis deminut.*

§. V. Nous disons, en cas de changement d'état, que les testamens sont annullés. Quoique ce terme d'annuller convienne également à ceux qui sont révoqués, ainsi qu'à ceux qui sont invalables, dès l'instant de la confection, par défaut de formalités, et quoique ceux qui ont été faits suivant les dispositions du droit, et qui ont été ensuite annullés par quelque changement d'état du testateur, puissent également être dits cassés ou révoqués, quoique tous ces termes soient presque synonimes, disons-nous, nous avons cru devoir ainsi les distinguer, pour qu'il fût facile de connaître les différens cas par leur seule dénomination, de-là vient qu'on appelle nuls les testamens faits sans les solennités prescrites, soit qu'il n'y ait pas assisté le nombre de témoins requis, soit que le testateur n'eût pas la faculté de tester, *testamenti factionem activam*, soit qu'un père ait passé sous silence un fils non émancipé, *ff. de injusto rupt. testam.*, *leg.* 1^a. Parmi ceux qui sont au contraire faits selon les formalités requises, on dit que les uns sont cassés et les autres annullés : la cassation a lieu, *ut sup.* § 3, par la rogation, l'agnation et la confection d'un second testament; la nullité a lieu par le changement d'état du testateur, ou par le défaut d'adition de l'hérédité, *leg.* 1^a., *ff. de inj. test.*

§. VI. Les testamens faits selon les formalités requises, et annullés par quelque changement d'état, ne demeurent pas toujours sans nul effet; l'héritier institué peut jouir encore du bénéfice du préteur, *leg.* 12, *ff. de inj. rupt. test.*, et demander la possession des biens en vertu du testament s'il a été signé par sept témoins, pourvu que le défunt soit mort citoyen romain, *et sui juris*; comme s'il avait souffert le grand ou le moyen changement d'état, et qu'il eût été ensuite réhabilité ou qu'il eût souffert

souffert le petit changement, et qu'il eût recouvré son état par l'émancipation, sans quoi il est irrecevable à demander la possession des biens selon les tables du testament.

§. VII. La simple déclaration que ferait un testateur qu'il n'entend pas que son testament soit valable, ne serait pas suffisante pour l'infirmer; cela est si vrai, que si après avoir fait un premier testament, le testateur en avait commencé un second sans le terminer, ou à cause d'une maladie qui lui serait survenue, ou à cause d'un changement de volonté, l'empereur *Pertinax*, dans son ordonnance, décide que le premier testament valablement fait ne peut être annullé qu'autant qu'il en subsisterait un second, fait selon les formes de droit: la raison en est qu'un testament imparfait est toujours nul.

§ VIII. Ce même empereur, voulant se soumettre aux rigueurs des lois, déclara dans la même ordonnance, 1°. qu'il n'accepterait point d'hérédité, si le testateur, étant en procès avait quelqu'un, ne l'avait institué héritier que pour l'opposer à son adversaire, dans l'espérance qu'il l'emporterait sur lui; ce qui serait odieux, *ff. de haered. instit.*, *leg. penult.*; 2°. qu'il condamnerait les dispositions et l'institution d'héritier qui n'auraient été faites en sa faveur, que parce que le testament n'était pas revêtu des formalités requises; 3°. qu'il ne prendrait point la qualité d'héritier qui ne lui aurait été donnée de que vive voix, voulant, ainsi que les autres, être institué solennellement; 4°. qu'il rejetait généralement tout ce qui pourrait lui venir par des actes qui manqueraient des formes prescrites par le droit: c'est pour cela que les empereurs *Adrien* et *Sévère* ont souvent inséré dans leurs rescrits, *cod. de test.*, *leg. ex imperfecto*, que, quoiqu'ils ne fussent point sujets aux lois, *ff. de legibus de senatus-cons.*, *leg. princeps*, *ff. de jure fisci*, *leg. fiscus* 1ª., *§ fin.*, ils entendaient néanmoins vivre selon les lois, *cod. de leg. et Const. prin.*, *leg. digna vox*, *ff. de leg.* 2°., *leg. quod princeps, et leg. seq.*, *ff. de leg.* 3°., *leg. ex imperfecto*, *ff. de inoff. test.*, *leg. Papinianus*, *§ si imperator.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 31. En France, comme à Rome, la révocation des testamens s'opère par un testament postérieur, (art. 135); elle s'opère par un

acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté, *loco citato*; ce qui n'avait pas lieu chez les Romains.

De la même manière qu'un citoyen romain pouvait avoir plusieurs codicilles, un français peut avoir plusieurs testamens; car la disposition postérieure qui ne révoquerait pas expressément la disposition antérieure, n'annullerait dans la première que ce qui s'y trouverait incompatible avec la nouvelle, (art. 1036.)

A Rome, le testament postérieur, quoique nul par le défaut d'adition d'hérédité, rompait le testament antérieur : de même en France, le législateur a voulu que la révocation faite dans un testament eût son effet, quoique ce nouvel acte, demeurât sans exécution par l'incapacité de l'héritier, ou par son défaut de recueillir, (art. 1037.)

Parmi nous, toute disposition testamentaire est caduque, si l'héritier prédécède le testateur (art. 1039); il en est de même s'il répudie l'hérédité, ou qu'il se trouve incapable de la recueillir. (art. 1043.)

Les testamens peuvent encore être révoqués, 1°. pour cause d'inexécution des conditions; 2°. dans le cas où l'héritier ou le légataire aurait attenté à la vie du testateur; 3°. dans le cas où il se fût rendu coupable envers ce dernier de sévices, délits ou injures graves (art. 1046); ces dernières dispositions, quelque sages qu'elles soient, paraissent cependant inutiles, en ce que le testament par lui-même est un bienfait entièrement dépendant de la volonté de celui qui dispose, et qu'il est de principe que cette volonté est ambulatoire jusqu'à la mort.

Le législateur introduisant en cela un droit nouveau, a permis enfin aux parens d'intenter la demande en révocation contre l'héritier; mais en même tems qu'il leur a accordé cette faculté, pour ne point ouvrir une porte aux abus, il a voulu que cette action fût intentée dans l'année, à compter du jour du délit, (art. 1047), après lequel tems il sera irrévocable.

TITRE XVIII.

DE INOFICIOSO TESTAMENTO.

Il a été question ci-dessus des nullités des testamens qui s'opéraient *ipso jure*, nous parlerons dans ce titre de celles qui s'opèrent par le ministère du juge. Par la raison qu'autrefois les parens privaient à leur gré leurs enfans, sans aucune juste cause, des biens qui leur étaient acquis par les droits de la nature, soit en les exhérédant, soit en les passant sous silence (1), il a été pourvu à cette espèce d'inhumanité de la part des pères, en permettant aux enfans qui auraient été injustement exhérédés ou prétérits, d'attaquer le testament de leurs parens par inofficiosité, sous prétexte qu'ils n'étaient pas dans tout leur bon sens lors de la confection. Il ne faut pas pour cela prétendre qu'ils étaient réellement furieux ou qu'ils avaient perdu la raison lorsqu'ils ont fait leur testament, parce qu'alors l'acte serait nul ; *sup. quibus non est perm. fac. test.*, § *item furiosi*, mais il faut soutenir qu'ils étaient en ce moment éloignés de cet amour filial, inséparable des liens du sang auquel leur qualité d'enfant leur donnait droit, dès qu'ils ne l'avaient point démérité; de-là vient que par le droit du digeste, le juge connaissait des

(1) L'exhérédation a lieu seulement pour les ascendans paternels, et la prétérition pour les ascendans maternels, qui passe à leur égard pour exhérédation, *sup. de exhæred.*, *lib.* § *ult.* : la plainte d'inofficiosité a été principalement introduite contre la prétérition des ascendans maternels et non contre les paternels ; par la raison que si le fils n'est pas émancipé, le testament est nul de droit; s'il est émancipé, au contraire, il peut se servir du secours que lui donne le préteur pour la possession des biens contre le testament, *leg.* 1ª., *ff. de bon. poss. cont. tab.* § *sunt autem*, *inf. de bon. poss.* ; ce secours du préteur est un remède ordinaire dont on doit se servir, à l'exclusion de l'inofficiosité, qui est un remède extraordinaire, § *tam autem*, *leg. si pœnas*, 23, *ff. hoc tit.*, *leg. si post mortem*, § *exheredat.*, *ff. de bon. poss. cont. tab.*

causes d'exhérédation, et qu'il les admettait ou rejetait, suivant qu'il les trouvait suffisantes, *leg. 7, de bon. damnat.*; ce qui n'est plus donné aujourd'hui à l'arbitraire du juge, qui ne peut s'écarter de la *novelle* 115, dans laquelle sont détaillées toutes les causes d'exhérédation, dont l'héritier est même tenu de faire preuve.

§ Ier. Si les enfans ont le droit d'intenter la querelle d'inofficiosité contre le testament des ascendans, réciproquement les ascendans ont le droit d'attaquer aussi les testamens de leurs enfans, à moins qu'ils ne soient soldats ou émancipés, *cod. eod.*, *leg. fin. in fine.* Les frères et sœurs peuvent aussi quereller d'inofficiosité le testament de leurs frères et sœurs consanguins, si toutefois ils ont institué héritiers des personnes infâmes : ce qui est conforme aux constitutions des empereurs, *leg.* 27, *cod. hoc tit.*, *leg.* 3, *cod. Theod. eod. tit.* Autrement, ils ne peuvent agir contre toute autre espèce d'héritier : les frères et sœurs sont le dernier degré auquel la querelle d'inofficiosité soit accordée ; tout autre parent ou héritier présomptif en est exclus : ce serait inutilement qu'ils entreprendraient quelque poursuite.

§ II. Les enfans naturels légitimes et les enfans adoptifs, suivant la distinction qu'en fait la constitution au code *de adoptionibus*, *leg. cùm in adoptivis*, ne peuvent quereller un testament d'inofficiosité, qu'autant qu'il ne leur resterait pas d'autre ressource pour obtenir leur part des biens du défunt ; car on ne peut recourir à l'inofficiosité tant qu'on peut user de quelqu'autre droit pour avoir ou toute l'hérédité ou la quatrième partie ; comme les adrogés qui prélèvent la quarte-pie, en vertu de la constitution de l'empereur *Pie*, *ff. eod.*, *leg. Papinian.*, § *si quis impuber.* Il en est de même pour les enfans adoptés par l'aïeul paternel, soit lorsqu'ils ont reçu quelque legs ou donation, *ut inf. eod.*, § *pen.*, soit lorsque leurs fils ou esclaves ont été institués, *ff. eod.*, *leg. nihil.* L'inofficiosité a toujours lieu pour les posthumes, parce qu'ils n'ont pas d'autre ressource, lorsqu'ils ont été exhérédés.

§ III. D'où il suit que l'inofficiosité ne doit être intentée, qu'autant qu'il n'a été rien laissé par le testateur : ce qui a été ainsi établi par la constitution au code *leg. omni modo* 30, *cod. eod. tit.*, pour contenir les enfans dans le respect que la nature leur impose envers leurs parens, et dont ils s'écartent en attaquant leur volonté après leur mort ; ainsi,

toutes les fois qu'il leur a été laissé une partie d'hérédité quelconque, l'inofficiosité n'a pas lieu; ils peuvent seulement demander le supplément de leur légitime, qui doit être le quart de ce qu'ils auraient eu, si le défunt était mort *intestat* (1); et remplir ainsi ce qui manquerait à leur légitime, quand bien même (2) le testateur n'aurait pas ajouté que leur supplément de légitime serait réglé suivant l'arbitrage d'un homme de bien, *boni viri*, *leg.* 36 *in ppio.*, *cod. eod.*

§ IV. Quoiqu'un père laisse un legs au pupille de qui son fils est tuteur, et que ce fils reçoive pour son pupille le legs, suivant le testament de son père, rien n'empêche, s'il a été exhérédé injustement, qu'il ne puisse attaquer le testament du père par la querelle d'inofficiosité, par la raison que, s'il a reçu le legs, ce n'est que *necessitate officii*, *leg.* 1ª., § 10., *ff. hoc tit.*; la charge de la tutelle l'obligeant de faire tout ce qui est avantageux au pupille, *leg.* 1ª. *de tut. et ration. distrah.*; sans quoi le pupille pourrait le poursuivre en indemnité.

§ V. Tout comme le tuteur le perd par la faculté d'agir en son nom, quoiqu'il ait reçu le legs fait au pupille, de même, dans le sens contraire, le tuteur ne perd pas le droit de demander un legs qui lui a été laissé, quoiqu'il ait agi à raison d'inofficiosité au nom du pupille, et qu'il ait été débouté de sa demande.

§ VI. Pour que l'inofficiosité n'ait pas lieu, il faut que chacun ait sa quarte (3), c'est-à-dire, le quart de sa portion légitime, soit à titre de

---

(1) La légitime était autrefois la quatrième partie de la quarte légitime; c'est-à-dire la quatrième partie de ce qu'on aurait eu *ab intestat*: mais par la *novelle* 118, l'empereur *Justinien* a augmenté la légitime des enfans suivant leur nombre, voulant qu'elle soit du tiers de ce qu'ils auraient eu *ab intestat*, s'ils ne sont que quatre ou au-dessous; et de la moitié, s'ils sont en plus grand nombre.

(2) Nous disons *quand bien même*, parce qu'autrefois il était nécessaire que cette clause fût ajoutée au testament, pour que l'inofficiosité n'eût pas lieu, *leg.* 4, *cod. Theod.*, *eod. tit.*

(3) Ceci est contraire au § 3 ci-dessus, suivant lequel il suffit, pour qu'il n'y ait point lieu à l'inofficiosité, qu'on ait eu une partie, quelque petite qu'elle soit; et suivant ce §, il semble qu'il faut que chacun ait sa quarte en entier: mais on répondra que

succession, *leg. omnimodo, cod. eod. et nov.* 22 et 18, soit à titre de legs, *nov. de trien. et semis.*, § 10, soit à titre de fidéicommis, soit par donation à cause de mort, même par donation entre-vifs, sous la condition toutefois qu'elle lui sera imputée sur sa quarte, *cod. eod.*, *leg. si quando*, § *generaliter*; et dans les cas seulement dont il est fait mention dans la constitution de *Justinien* au code *de collationibus*, *leg. penult. et leg. si quando*, § 21 *generaliter*, *cod. et leg. si non mortis caus.*, *ff. eod.*, et autres moyens rapportés dans les constitutions des empereurs, *ut leg. quoniam novella*, *cod. de inoff. test.* En parlant de la quarte, il faut l'entendre de cette manière, que, soit qu'il y ait un ou plusieurs enfans qui puissent attaquer le testament d'inofficiosité, il ne faut prélever qu'une quarte sur le total pour tous, laquelle se distribue entr'eux au prorata, c'est-à-dire pour une portion virile; en sorte que chacun ait la quatrième partie de ce qu'il aurait eu *ab intestat*, *cod. eod.*, *leg. parentibus, et leg. cùm quaeritur.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 32. La querelle d'inofficiosité n'a pas dû être admise par notre code : la raison est que le législateur a pris soin d'assurer le bonheur des enfans, et de fixer l'étendue de la disponibilité des pères, (art. 913.)

Les testamens ne pourront donc être querellés par les enfans, pour vice de prétérition, omission, aversion, etc.; ces plaintes, toujours scandaleuses, ont été remplacées par l'action en réduction des donations ou legs, (art. 920.)

---

cette quarte entière regarde ce qui se pratiquait par l'ancien droit, *ad cod.*, *leg. cum quæritur*, *et ff.*, *leg. Papinian.*, § *quoniam*, suivant lequel il fallait avoir sa quarte entière, pour qu'il n'y eût pas lieu à l'inofficiosité; tandis que ce qui est dit au § 3, regarde le droit nouveau, suivant lequel Justinien a voulu qu'une partie, quelle qu'elle fût, suffise pour exclure de quereller le testament.

Il est un cas cependant où un pareil acte peut être attaqué; c'est celui où il comporterait la preuve évidente de la démence du testateur : mais l'action ne pourra être intentée, si avant son décès il n'a été poursuivi en interdiction, (art. 404) ; par la raison qu'il n'est pas permis alors de fouiller dans son tombeau, et de souiller sa mémoire par des recherches indiscrètes.

TITRE XIX.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

On distingue trois sortes d'héritiers; les uns sont appelés *héritiers nécessaires;* les autres, *héritiers siens et nécessaires* ; et les derniers, *héritiers étrangers*.

§ Ier. Le plus grand tort que pût éprouver la mémoire d'un défunt était d'être mort insolvable, et que ses biens fussent distribués et vendus publiquement en son nom, au profit des créanciers ; pour éviter cette espèce d'infamie, il fut permis d'instituer héritier son propre esclave, contre lequel se faisaient toutes les poursuites; c'est ce qu'on appelait *héritier nécessaire;* il était nommé ainsi, parce que, soit qu'il le voulût ou qu'il ne le voulût pas, il était obligé de demeurer héritier sitôt après la mort du testateur, auquel effet il acquérait sur-le-champ la liberté : de-là vient que lorsqu'on se croyait insolvable, on était dans l'usage de faire héritiers ces sortes de personnes, soit au premier, deuxième, ou tout autre degré, afin que si les biens laissés ne pouvaient faire face aux créanciers, il apparût que ce fût plutôt des biens de l'héritier que de ceux du testateur qu'ils fussent censés s'emparer, soit pour s'en mettre en possession, les vendre ou en faire la division entr'eux : l'esclave se trouvait indemnisé de l'infamie dont il se couvrait en acceptant l'hérédité d'un homme insolvable, non-seulement par l'acquisition de sa liberté, mais encore en ce que tout ce qu'il acquérait après la mort de son patron, lui demeurait propre, quoique les biens de ce dernier n'eussent point suffi pour satisfaire les créanciers.

§ II. Les héritiers *siens et nécessaires*, sont ceux auxquels la nature donne un droit sur le patrimoine de l'ascendant en la puissance duquel ils se trouvent, et qui, par une juste conséquence, sont obligés de se porter héritiers, devant contribuer à ce que la mémoire de leur auteur demeure

demeure à l'abri de toute atteinte, comme étant encore sous sa puissance, et en cette qualité, obligés de suivre sa volonté, soit exprese par testament, soit tacite *ab intestat*; ces héritiers sont le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille par mâles, et tous autres descendans qui se trouvent en la puissance du père, aïeul ou bisaïeul, lors de leur mort: il faut pourtant faire attention, qu'afin que le petit-fils ou la petite-fille soient héritiers siens, il ne suffit pas qu'ils soient en la puissance de l'aïeul au tems de sa mort; il faut encore que leur père ait cessé d'être héritier sien, soit par la mort naturelle ou civile, soit par l'émancipation, parce qu'ils succèdent alors à la qualité d'héritier qu'avait leur père, et par conséquent à l'aïeul, en la puissance de qui ils se trouvent, sans pouvoir tomber en celle d'un autre; on les appelle *héritiers siens*, parce qu'ils sont réellement les héritiers de la famille dont ils font partie; en sorte qu'ils sont regardés comme maîtres des biens de leur père ou autre ascendant, même de leur vivant: par une fiction du droit civil, le père et le fils étant réputés ne faire qu'une seule et même personne, *cod. de impub. et ali. sub.*, *leg. fin. in fine*; en sorte qu'à la mort du père, le fils n'est censé avoir que l'administration de plus, *ff. de lib. et posth.*, *leg. in fine*: de-là vient que les enfans sont dans le premier ordre de la succession légitime; ils sont encore appelés *héritiers nécessaires*, parce que la loi des douze Tables les obligeait à se porter héritiers, soit *ab intestat*, soit par testament, que ce fût ou non leur volonté; le préteur préposé pour faire des changemens à la législation, permit dans la suite aux enfans héritiers siens, de s'immiscer ou de s'abstenir à leur gré d'une hérédité, auquel effet il leur était libre de se mettre à l'abri de l'infamie et des poursuites des créanciers, qui ne pouvaient alors s'en prendre qu'aux biens de l'ascendant, comme lui appartenant, et non comme apartenant à ses héritiers siens: c'est sans doute postérieurement à cet édit, que s'introduisit l'usage d'instituer son esclave au défaut des héritiers siens.

§ III. On appelle au contraire *héritiers étrangers*, tous ceux qui ne sont point en la puissance du testateur ou du défunt, quoiqu'il y en ait qui soient nos enfans, comme les émancipés: l'on peut encore mettre de ce nombre les enfans institués par leur mère, parce que les femmes ne retiennent pas leurs enfans sous leur puissance, de

même que l'esclave institué héritier par son maître, et affranchi postérieurement à la faction du testament.

§ IV. Il faut observer qu'il faut que les héritiers étrangers aient la faculté de recevoir par testament, soit qu'ils aient été institués eux-mêmes, soit ceux qui sont sous leur puissance (1). Cette capacité est requise en deux tems: lors de la faction du testament, afin que l'institution soit valablement faite; et lors de la mort du testateur, afin qu'elle puisse produire son effet, si l'héritier accepte ou s'immisce immédiatement après la mort du testateur; autrement, cette capacité est encore requise lorsqu'il prend qualité, c'est-à-dire à l'époque de l'adition, soit que l'institution se trouve pure ou conditionnelle, car l'héritier n'est principalement censé avoir quelque droit que lors qu'il appréhende la succession. L'incapacité qui se trouverait en la personne de l'héritier, depuis la faction du testament et la mort du testateur, ou l'accomplissement de la condition apposée à l'institution, ne saurait nuire à l'héritier, si ce n'est aux trois cas ci-dessus marqués (2).

§ V. La faction du testament regarde non-seulement celui qui peut tester, mais encore celui qui peut recevoir par testament, ou qui peut acquérir pour un autre, comme l'esclave, quoiqu'il ne puisse faire testament, parce qu'on distingue deux factions de testament, l'*active* et la *passive*; l'*active* comprend le premier cas, et la *passive* le second : de-là vient qu'on dit que les furieux, les muets, les posthumes, ceux qui sont dans l'enfance, les fils de famille, les esclaves d'autrui, ont ce qu'on appelle *testamenti factio*, quoiqu'ils ne puissent

---

(1) Par exemple, si un esclave était institué, on ne regarderait que la personne du maître, *sup. de hæred. instit.*, § *servus autem plurium.*

(2) Ces trois tems ne sont requis que pour les héritiers étrangers; car pour les héritiers siens, on ne regarde que le tems auquel le testament est fait et celui de la mort du testateur : on n'a point égard au tems de l'adition, parce qu'ils sont proprement héritiers, suivant le droit civil, dès la mort du père, *ff. de suis et legitimis*, *leg. in sui*; ce qui est la même chose pour les héritiers nécessaires, *ff. de hæred. inst.*, *leg. si alienum*, *et leg. servum.*

faire testament eux-mêmes ; ils ont cependant la capacité d'acquérir par testament, soit pour eux, soit pour autrui, *ff. de test.*, *leg. filius f. et ff. de fil.*, *leg.* 1ª., *§ fin.*

§ VI. Les héritiers étrangers, ainsi que les héritiers siens, comme nous l'avons remarqué à la fin du § II, avaient aussi la faculté d'accepter ou de ne point accepter : mais si ceux qui avaient la faculté de s'absenter, étaient une fois immiscés dans les biens de l'hérédité, ou que ceux auxquels il était permis de délibérer sur l'adition de l'hérédité eussent une fois accepté, ils avaient perdu toute faculté d'abandonner l'hérédité, à moins qu'ils ne fussent mineurs de vingt-cinq ans; parce que, comme dans d'autres cas, le préteur vient au secours des personnes de cet âge qui se sont préjudiciées, il en est de même pour le cas auquel ils auraient témérairement accepté une hérédité onéreuse, *ff. de minor.*, *leg. aït prætor*, *§ sed et si hæred.* L'empereur *Adrien* étendit même cette grace en faveur d'un majeur qui, après l'adition d'une hérédité, se trouva chargé de grosses dettes, qui jusqu'alors étaient demeurées secrettes et inconnues : mais comme ce n'était qu'un privilége spécial donné à un particulier, il ne s'ensuivit aucune conséquence : l'empereur *Gordien* le fit seulement subsister dans la suite en faveur des militaires : ces différentes lois sont mentionnées au code *de jure deliber.*, *leg. scimus*, *in ppio.*

§ VII. *Justinien* voulut cependant, par un esprit de bienveillance, rendre commun à tous ses sujets le privilége propre aux seuls militaires ; car, indépendamment de la faculté de délibérer donnée par sa constitution au code *de jure deliberandi*, *leg. scimus*, il fut permis d'accepter de suite sans crainte d'être tenu au-delà des forces de l'hérédité, en faisant toutefois un inventaire en la forme prescrite en la susdite constitution ; en ce cas on n'avait nul besoin de délibérer, à moins qu'ayant manqué de faire inventaire, ou ne l'ayant pas voulu, on eût préféré se porter héritier pur et simple, en demandant du tems pour délibérer, et s'exposer ainsi aux charges qu'on peut encourir par une telle adition ; car en ne faisant point inventaire, on était tenu pour le tout, tant envers les créanciers qu'envers les légataires, *eod. de jur. deliber.;* si au contraire on faisait inventaire, et qu'on voulût en même-tems délibérer pour se porter héritier pur et simple, on

n'était tenu pour le tout qu'envers les créanciers, et non pas envers le légataire ; car on avait alors la faculté de prélever la quarte falcidie, soit qu'on acceptât l'hérédité, pendant le tems pris pour délibérer, soit qu'on gardât le silence, *cod. de jur. deliber leg. fin. § sin autem hoc aliquis, et § si quis autem*, le silence étant regardé comme une véritable adition.

§ VIII. Un héritier étranger, institué par testament ou appelé à la succession *ab intestat*, peut accepter de différentes manières, pourvu qu'il manifeste sa volonté, à moins qu'il ne prétexte qu'il ne le fait point en qualité d'héritier, *ff. de acq. hæred., leg. pro hæred. in ppio, et leg. gerit*, soit en témoignant ouvertement qu'il veut être héritier.

§ IX. L'on est censé faire des actes d'héritier, en faisant ce qu'un héritier seul serait en droit de faire, comme de vendre les biens de l'hérédité, de les faire cultiver, de consentir des baux à ferme ; et enfin, en faisant connaître de quelque manière que ce soit, par paroles ou par faits, que l'on se porte héritier, pourvu toutefois que celui qui fait ces sortes d'actes, n'ignore pas que celui à qui appartenaient les biens est mort *testat* ou *intestat*, et qu'il est destiné à lui succéder (1). Agir comme héritier, c'est agir comme maître ; car les mots d'héritier ou de maître étaient synonimes chez les anciens, *ut ff. ad leg. Aquil, leg. item mel., § item et cum in versic., legis autem Aquiliæ, et leg. scis ad quem, ff. de acq. hæred.*

§ X. Ainsi que quelqu'un est réputé héritier en manifestant sa volonté de l'être, de même il est censé y renoncer en déclarant qu'il ne veut point se porter héritier.

Rien n'empêche que celui qui est né sourd ou muet, ou qui l'est devenu après sa naissance, ne puisse faire des actes d'héritier, et

---

(1) Lorsque l'on est héritier sous condition, on ne peut accepter avant l'évènement, *ff. de acq. hæred., leg. is qui hæres, § cæterum* : on ne peut accepter aussi dans plusieurs autres cas, 1°. si l'on n'est point libre ou père de famille, l'ordre du père ou du maître étant alors nécessaire, *ff. cod., leg. si quis mihi, § jussum et leg. quoties* ; 2°. si l'on n'a son bon sens ; 3°. si l'on n'est majeur de quatorze ans, *cod. de jur. delib., leg. potuit, et leg. si infanti, in ppio.*

acquérir pour lui l'hérédité, pourvu que n'ayant ni folie ni faiblesse d'esprit, il connaisse ce qu'il fait.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 33. Nous ne connaissons en France qu'une sorte d'héritiers; ce sont les héritiers volontaires; qu'ils le soient par testament, qu'ils le soient *ab intestat*, ils peuvent toujours renoncer à l'hérédité, l'accepter purement et simplement, et en cas de doute sur la suffisance des biens, sous bénéfice d'inventaire, (art. 774.)

Cette règle s'étend aussi aux légataires universels, qui sont assimilés aux héritiers, (art. 1002.)

La renonciation ne se présume pas; elle résulte de la déclaration authentique de celui qui renonce, (art. 784.)

A Rome, les héritiers étrangers jouissaient du droit de délibérer; mais s'ils s'étaient immiscés dans l'hérédité, ils ne pouvaient plus s'abstenir : de même en France, l'acceptation d'une succession sans déclaration qu'elle est faite sous bénéfice d'inventaire, est présumée faite purement et simplement, (art. 778), et son effet est d'obliger l'héritier envers les créanciers et les légataires.

Le bénéfice d'inventaire est un bienfait que *Justinien* accorda à ses sujets; son objet était de préserver l'héritier de toutes sortes de dangers. En France, cette sage disposition des lois romaines a été maintenue, et l'héritier qui aura déclaré d'une manière authentique n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, (art. 793), et dont la déclaration aura été précédée ou suivie d'un inventaire fidèle des biens de la succession, (art. 794), ne sera tenu du paiement des dettes de la succession, qu'en concurrence de la valeur des biens qu'il aura recueillis; il pourra même se décharger du paiement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux légataires; ses biens personnels ne seront pas confondus avec ceux de l'hérédité, et il conservera contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances, (art. 802.)

Par le droit romain, on pouvait se porter héritier en faisant des actes

en cette qualité, ou en déclarant verbalement sa volonté : parmi nous, l'acceptation est expresse ou tacite ; elle est expresse lorsqu'on prend le titre d'héritier dans un acte authentique ou privé ; elle est tacite lorsque l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier, (art. 777.)

Dans le dernier état du droit chez les Romains, l'héritier, pour jouir du bénéfice d'inventaire, devait le commencer dans le mois, à compter du jour qu'il avait eu connaissance de l'ouverture de la succession, et le clôturer dans les deux mois suivans : en France, l'héritier a aussi trois mois pour faire inventaire, mais à compter du jour de l'ouverture de la succession ; de plus, il jouit d'un délai de quarante jours pour délibérer, (art. 795) ; ces délais peuvent être prorogés par le juge, suivant l'exigence des cas, (art. 798.)

TITRE XX.

DE LEGATIS.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des manières d'acquérir universellement (1) : il semble que nous allons nous écarter du but que nous nous sommes proposé, en passant ici à une matière différente, c'est-à-dire aux successions particulières : cependant, comme nous avons très-exactement parcouru tout ce qui regarde les testamens, *ut sup. de test. et Tabulis seq.*, et ce qui regarde les héritiers, *ut sup. de hæred. inst. usque huc*, institués dans les testamens, il n'est pas hors de propos de parler de ceux, autres que les institués, qu'on appelle *légataires*, parce qu'ils acquièrent aussi des droits en vertu du testament.

§ Ier. Indépendamment de la définition portée en la loi 86, *ff. de leg. et fid.* 1°. *legatum est delibatio hæreditatis, etc.*, on définit ici le legs une espèce de donation laissée par le défunt (2), et dont l'héritier doit faire la délivrance : nous avons vu ci-dessus, au titre *des donations*, § 1°., *in fin.*, comment elle diffère de la donation à cause de mort; elle diffère aussi de la donation entre-vifs, en ce qu'un legs peut être révoqué jusqu'à la mort, *ff. de eadem leg.*, *lege* 3a. *in fin. et leg.* 4a.; elle diffère aussi de l'héritage, puisque celle-là ne regarde qu'une chose particulière qui passe au légataire sans aucune charge, et que celle-ci regarde une universalité de choses qui passent à l'héritier, avec toutes les charges, *ff. mand.*, *leg. si hæreditatem.*

(1) *Per successionem civilem, per prætoriam, per arrogationem, per additionem conservandæ libertatis causa, supra tit.* 19, *per quas pers. nob. acq.* § *fin.*

(2) L'on dit *par le défunt*, parce que les legs, comme les fidéicommis, peuvent être laissés *ab intestat*, *leg.* 2°., *cod. comm. de leg.*

§ II. Il y avait autrefois quatre différentes manières de léguer, qui n'étaient distinguées que par les différentes manières de s'exprimer ; par exemple, on appelait le legs *per vindicationem*, lorsque le testateur disait *vindico tibi rem illam, vel dello ; capite sumpto per damnationem*, lorsqu'il parlait en ces termes à son héritier, *damnatus esto haeres meus, vel damna jubeo haeredem meum, hoc, vel illud dare, vel facere, per sinendi modum* ; cette manière était presque égale à la précédente, par l'obligation à laquelle était tenu l'héritier de s'y conformer ; c'était seulement une clause apposée avec plus de ménagement ; cela se pratiquait ainsi, *damnatus esto haeres meus sinere, seu sinito ; vel permitto Titium talem rem sibi sumere vel habere* ; et enfin, par *praeceptionem* ; c'était lorsque le tuteur disait à l'un des héritiers de prélever une certaine chose par préciput, sans que cela pût être précompté sur sa part ; par exemple, s'il disait *illam rem praecipito, id est, ante partem haereditariam capito* ; ce dernier était semblable au premier, quant à l'effet ; car l'un et l'autre donnaient l'action réelle, *actio in rem*, et la propriété de la chose léguée dès l'acceptation de l'hérédité ; mais ils différaient en ce que les legs *per damnationem et per sinendi modum* ne donnaient qu'une action personnelle *actione ex testamento :* l'action, quoique réelle de la quatrième espèce, était différente de la première, en ce que celle-là était seulement *actio vel judicium familiae erciscundae ;* ils différaient enfin en ce que toutes choses ne pouvaient pas être léguées de la même manière : on ne pouvait léguer *per vindicationem et praeceptionem*, que les choses que le testateur possédait lors de sa mort et lors de la faction du testament, à moins que ce ne fût des choses fongibles, pour lesquelles il suffisait qu'elles fissent partie de l'hérédité lors de la mort du testateur : *per damnationem*, on pouvait léguer toutes sortes de choses, même celles qui n'étaient point dans notre patrimoine : *per sinendi modum*, on pouvait non-seulement léguer les choses qui appartenaient au testateur, mais encore celles qui appartenaient à l'héritier. Ces différentes manières de léguer, réduites à des formalités qui ne consistaient qu'en paroles, furent dans la suite entièrement abolies par les constitutions des empereurs. *Justinien*, par sa constitution au code *comm. de leg., leg.* 1ª., réforma le tout avec le

le plus grand soin ; il voulut qu'on s'en rapportât moins aux paroles qu'à la volonté du défunt ; et afin qu'elle fût plus exactement exécutée, il ordonna qu'il n'y eût plus qu'une seule nature de legs, c'est-à-dire qu'ils fussent tous demandés et délivrés de la même manière ; en sorte que, de quelque manière que le legs eût été fait ; de quelques paroles que le testateur se fût servi, le légataire fût toujours en droit d'exiger le paiement du legs, non-seulement par action personnelle, *v. g. ex testamento* (1), mais encore par action réelle (2) et hypothécaire (3) ; ce qu'on peut voir plus amplement dans la constitution que nous avons ci-dessus indiquée, et qu'il suffit de lire pour en concevoir les dispositions.

§ III. Cette première institution concernant les legs, ne fut pas trouvée suffisante, en ce que les legs étaient astreints, suivant l'an-

---

(1) Cette action a lieu contre l'héritier obligé *ex quasi contractu* envers les légataires, *inf. de oblig. quæ ex quas. contrac.*, § *hæres*, parce que, en apréhendant l'hérédité, ils s'obligent tacitement à exécuter les dernières volontés du défunt, *leg.* 5, § 2, *ff. de obl. et act.*, *leg.* 3. § *ult. et leg.* 4ª. ; *ff. quibus ex causis in possess.* Cette action tend, non pas à acquérir la propriété, puisqu'elle appartient au légataire, mais à en avoir la possession, qui peut toujours être poursuivie par action personnelle, *leg. indebiti*, § 10, *de condict. indeb.*

(2) Cette action a lieu contre les possesseurs de la chose léguée ; car la propriété étant acquise *rectâ viâ* au légataire, dès la mort du tuteur, *ff. de furt.*, *leg. à Titio*, il a donc droit de s'en servir pour la revendication de la chose léguée contre celui qui en était le possesseur ; la propriété du legs est acquise *fictè* dès la mort du testateur, et réellement dès l'adition de l'hérédité ; ce qui doit s'entendre lorsque le legs est pur, que la chose léguée appartient au testateur, et que le légataire n'a point répudié ; alors les fruits perçus par l'héritier après la mort du testateur et avant l'adition, ou bien après que l'héritier est en demeure d'accepter, doivent être restitués au légataire : si au contraire la chose léguée appartient à l'héritier, le légataire n'en acquiert la propriété que par la tradition.

(3) Elle a lieu pour poursuivre les possesseurs des biens héréditaires, en d'autres termes, en déclarations d'hypothèques, comme affectés et hypothéqués à la délivrance du legs, d'une somme d'argent, *leg.* 1ª. *cod. comm. de leg.* : on ne peut user de toutes ces actions, mais seulement de celle que d'abord on a choisie, *ff. de leg.* 2ª., *leg. cum filius*, § *variis.*

cienne jurisprudence, à un droit plus rigoureux (1) que les fidéicommis, qui dépendaient moins de la solennité du testament, que de la volonté du défunt, puisqu'ils avaient aussi lieu *ab intestat*, *inf. de fideic. hæred.*, § *præterea*, et qu'ils étaient réellement, par cela seul, d'une nature plus favorable ; c'est pourquoi *Justinien* pensa qu'il était nécessaire d'égaler les legs, quels qu'ils fussent, aux fidéicommis, en sorte qu'il n'y eût plus entre eux aucune différence, *leg.* 2ª., *cod. communia de leg.* (2), auquel effet il fut établi que les legs prendraient de la nature

---

(1) Les legs n'étaient dûs que par testament, *inf. de fideic. hæred.*

(2) Les legs et les fidéicommis différaient autrefois, en ce que les legs ne pouvaient être laissés qu'en des termes approuvés par le droit civil, et en termes directs, *ut* § *præcedenti*; au lieu que les fidéicommis pouvaient être laissés en termes indirects, *id est præcariis verbis*, *ut rogo*, *volo*, *mando*; *Ulpianus*, *libro regul. tit.* 25 : l'action ordinaire, comme la réelle et la personnelle, avait lieu pour les legs ; il fallait au contraire recourir à l'action extraordinaire pour les fidéicommis, c'est-à-dire en faire prendre connaissance au préteur.

Les legs avaient seulement lieu par testament, ou dans les codicilles confirmés par testament ; au lieu que les fidéicommis avaient aussi lieu *ab intestat*, *inf.* § 10, *tit.* 23, *liv.* 2.

L'on ne pouvait laisser de legs avant l'institution d'héritier ; l'on pouvait au contraire laisser des fidéicommis, *leg. unica*, *cod. ut actio ab hæred.*

Les fidéicommis pouvaient encore être laissés par lettres dans un libelle ; le seul consentement donné en présence de cinq témoins suffisait même sans écriture, *leg. in epistola*, *cod. de fideicom.*

L'héritier pouvait être contraint par les légataires, après l'acceptation de l'hérédité, pour la délivrance des legs ; ce qui dépendait au contraire de la foi et de la pudeur des héritiers à l'égard des fidéicommis, *inf. de fideicom. hæred. in ppio*, parce qu'ils ne pouvaient être contraints, comme n'étant seulement que priés de rendre.

Les legs n'avaient pas lieu après la mort de l'héritier ou du légataire ; il en était autrement pour les fidéicommis, *inf. de sing. reb. per fid. in ppio.*

On s'attachait pour les legs, moins à la volonté qu'aux paroles, *leg. ille aut. ille*, § *cum in verbis*, *ff. de leg.* 3º. : pour les fidéicommis, au contraire, on s'attachait moins aux paroles qu'à la volonté, *leg. cum virum*, *cod. de fideicom.*, *et leg. quisquis de leg.*

Les légataires ne pouvaient obliger l'héritier à accepter l'hérédité, pour le contraindre

des fidéicommis ce qui leur manquerait de droits pour les égaler; et que pareillement, les fidéicommis seraient revêtus de ce qui se trouve de plus fort dans la nature des legs.

Afin de ne point mettre de confusion dans ces premiers élémens des lois, en traitant ensemble et des legs et des fidéicommis, nous avons cru, pour l'avantage desjeunes gens qui s'appliquent à cette étude, devoir en parler séparément; c'est pourquoi nous allons commencer par les legs, qui feront l'objet de ce titre et des deux suivans; après lesquels il sera question des fidéicommis, afin que les jeunes gens, pleinement instruits de la nature du droit qui concerne les legs et les fidéicommis, puissent avec plus de facilité concevoir les rapports que ce mélange a produits entre eux.

§ IV. Il est permis de léguer, non-seulement ce qui appartient au testateur ou à l'héritier, *ff. de leg.* 2°., *leg. unum ex familia*, § *si rem tuam*, mais encore ce qui appartient à autrui, *ff. eod.*, *leg. ab omnibus*, § *etiam*, *et ff. eod.*, *leg. servus ab hostibus*, *et leg. id quod;* en sorte que l'héritier peut être contraint à l'acheter pour en faire la délivrance, *ff. communi divid.*, *leg. communi dividundo*, § *fin.*; ou s'il ne peut l'acheter, soit parce que le propriétaire n'aura pas voulu s'en défaire, ou qu'il en aura demandé un prix exagéré, *leg. non dubium*, § *sin. ff. eod. et leg. apud Julianum de leg.*, il faut qu'il en donne le juste prix au légataire : mais si la chose léguée est de telle nature qu'elle ne puisse être acquise, parce qu'elle n'est point dans le commerce, comme si l'on avait légué le Champ-de-Mars, une maison royale, un temple, des choses destinées à l'utilité publique, comme les grands chemins; dans tous ces cas le legs est regardé comme n'ayant point été fait : nous observerons encore que lorsque nous avons dit *qu'on pouvait léguer la chose appartenante à autrui*, il faut l'entendre dans le cas auquel le défunt savait réellement qu'elle appartenait à autrui, et non pas s'il l'ignorait; parce qu'on présume avec raison, que si le défunt eût su ce qui en était, il n'eût pas fait

---

ainsi à la délivrance de leur legs; ce que pouvait pourtant le fidéicommissaire universel, *inf. de leg. falcid.*, § *in fin. et ff. ad Treb.*, *leg. quia poterat*, *et inf.*, *de fideic. hæred.*, § *ergo*, *vers. sed si.*

le legs, *leg.* 67, § 8, *ff. de leg.* 2°.; ce qui est conforme au rescrit de l'empereur *Pie :* nous ajouterons même qu'il n'y a point de difficulté que ce ne soit à celui qui poursuit la délivrance du legs, c'est-à-dire au légataire, à prouver que le défunt savait que la chose léguée appartenait à autrui, *leg. fin.*, *ff. quod metûs causâ*, *et leg. Lucius*, *ff. de prob.*, *cod. de rei vend.*, *leg. fin.* L'héritier ne doit point être tenu de prouver que le testateur l'ignorait, parce que la nécessité de la preuve doit toujours retomber sur le demandeur, à moins que la présomption ne fût en sa faveur, *ff. de prob.*; *leg. ab eâ parte*, *et ff. de dona. inter vir. et uxor.*, *leg. Quintus.*

§ V. Lorsqu'il s'agit du legs d'une chose affectée ou hypothéquée en faveur d'un tiers, l'héritier est tenu de la dégager, mais sous la distinction faite au § précédent à l'égard de la chose d'autrui ; c'est-à-dire que l'héritier n'est tenu de la dégager que dans le cas où il demeure certain que le testateur avait connaissance de l'hypothèque; ce qui est conforme aux rescrits des empereurs *Sévère* et *Antonin* : si cependant le défunt, sachant que la chose était engagée, a voulu mettre l'hypothèque à la charge du légataire, et qu'il s'en soit expliqué ouvertement, l'héritier n'est point tenu de dégager la chose, *leg. si res*, *ff. de leg.* 1ª.

§ VI. Si un testateur a légué la chose d'autrui, et que le légataire en devienne le propriétaire de son vivant ou après sa mort, *ut inf.*, § 9, il faut distinguer s'il l'a eue à titre onéreux, *v. g.* s'il l'a achetée, ou que ce soit la dot de sa femme, *leg. ult.*, *ff. quae in fraudem*, *et ff. de act. et oblig.*, *leg. ex praemissione ;* dans ce cas il peut en poursuivre le prix par l'action personnelle qu'on appelle *ex testamento*, parce qu'il est censé n'avoir pas la chose dès qu'il est privé du prix qui tient la place de la chose, *ff. de petit. haered.*, *leg. et si rem et quod metûs causâ*, *leg. videamus*, *et leg. si ipsa*, *et leg. tantum* 83, *ff. de verb. signif.;* si au contraire il la tient à titre lucratif, comme par donation et autre cause semblable, comme de legat, de dot si c'est une femme, *ff. mand.*, *leg. si haereditatem*, *leg. ult.*, *ff. quae in fraudem*, il ne peut en poursuivre le prix, quand bien même elle cesserait dans la suite de lui appartenir, *ff. de legatis* 2°., *leg. Maevius*, § *duobus ;* parce que, suivant la règle du droit, deux causes lucratives ne peuvent con-

courir pour la même chose (1) et la même personne ; c'est pour cela que si une même chose est due à une même personne en vertu de deux testamens, il est important de savoir si l'on a commencé d'avoir, en vertu de l'un, ou la chose ou le prix ; car si l'on a la chose en sa possession, on ne peut plus agir pour avoir le prix, parce que, suivant notre principe, on tient la chose à titre lucratif ; si au contraire on commence par avoir le prix, rien n'empêche qu'on ne puisse ensuite demander la chose elle-même, en vertu du second testament, *ff. de leg.* 1°., *leg.* 34, § 10.

§ VII. Rien n'empêche qu'on ne puisse léguer une chose qui n'existe pas, pourvu qu'elle puisse exister, comme les fruits qu'un fonds pourra produire, la part qui naîtra d'une esclave, *ff. de leg.* 1°., *leg. quod in rerum natura, in ppio, et de leg. tertio, leg. etiam, et ff. de verb. oblig., leg. interdum ;* car ces sortes de legs, quoiqu'ils ne soient point appelés *conditionnels*, le sont pourtant tacitement, car ils sont censés faits sous cette condition, *si fructus nascantur vel partus edatur ;* on n'appelle legs *conditionnel*, que celui qui l'est par la disposition du testateur, et non ceux où les conditions ne viennent que tacitement par la nature de la chose, *leg. conditiones* 89, *ff. de cond. et demonst.*

§ VIII. On peut léguer à deux personnes une même chose, soit conjointement (2), *v. g.* je lègue à *Titius* et à *Maevius* le fonds tuscu-

---

(1) Il en serait bien autrement s'il s'agissait de deux mêmes quantités, *ut ff. de leg.* 2°., *leg. Titia Seio, in ppio, et leg. planè ubi, § si ead. usque ad § si conjunctim, ff. de leg.* 1°.

(2) On peut être joint, c'est-à-dire avoir le même intérêt, de trois manières ; par la chose seulement, par les paroles seulement, et enfin d'une manière mixte, c'est-à-dire en même-tems et par la chose et par les paroles ; c'est de cette triple conjonction que naît le droit d'accroissement, *jus illud nihil aliud est quam retentio solidi, non concurrente socio* : 1°. plusieurs légataires sont joints par la chose seulement, lorsqu'ils sont appelés à une même chose par différentes propositions ; de-là vient qu'on les appelle aussi quelquefois *disjoints*, comme dans cette espèce, je lègue ma maison à *Titius*, je lègue ma maison à *Simpronius* : 2°. plusieurs légataires sont joints par les paroles, lorsque dans la même proposition ils sont appelés à une même chose, chacun pour une portion qui leur est assignée, *v. g.* je lègue à *Titius* et à *Simpronius* ma maison par égales portions, *leg.* 89, *ff.* ; *de*

lan, soit séparément (1); je lègue à *Titius* le fonds tusculan; je lègue à *Maevius* le fonds tusculan : quoique le testateur, en ce dernier

---

leg. 3° : plusieurs légataires sont joints d'une manière mixte, lorsqu'ils sont appelés à une même chose par la même proposition, simplement et par indivis, *v. g.* je lègue à *Titius* et à *Simpronius* ma maison, *leg.* 49, *ff. de leg.* 3°., *et leg.* 142, *de verb. sig.*

(1) On peut être disjoint par les paroles seulement ou par la chose seulement, et par la chose et par les paroles en même-tems.

Les légataires sont disjoints par les paroles, lorsqu'ils sont conjoints par la chose, comme on peut le voir par la première espèce que nous venons de donner dans la note précédente.

Les légataires sont disjoints par la chose, lorsqu'ils ne sont conjoints que par les paroles, comme dans la seconde espèce rapportée *loco cit.*

Les légataires sont disjoints par la chose et par les paroles, s'ils sont appelés séparément, c'est-à-dire par différentes propositions, à une portion certaine d'une même chose, *v. g.* je lègue à *Titius* la moitié de mon esclave, je lègue à *Simpronius* la moitié du même esclave, *ff. de leg.* 2°, *leg. et proculo.*

Dans tous ces cas, la portion de l'un accroît à l'autre, *ubi autem*, *leg. unica*, *cod. de caduc. tollen.*; il est pourtant des cas où le legs peut manquer sans accroître au co-légataire, *v. g.* 1°. si je reçois un legs concurremment avec l'esclave de l'héritier à qui cependant l'on n'aura point donné la liberté, *ut ff. eod.* 1°., *leg. plané ubi*, § *si conjunctim*; 2°. si on lègue à *Mœvius* et à moi une chose qui fait partie des biens de *Mœvius*, mon co-légataire, *ff. de leg.* 1°., *leg. hujusmodi*, § *si Titio*; 3°. si on lègue à un incapable et à moi une même chose, *ff. de leg.* 2°., *leg. si Titio*, *quia incapaci quæ sunt relicta pro non scriptis habentur.*

Le droit d'accroissement n'a pas lieu dans les legs d'usufruit, lorsque les légataires reçoivent de deux héritiers, et qu'ils sont aussi distincts, quoique joints par la chose; par exemple, lorsque l'usufruit d'un même fonds à délivrer par deux héritiers, est légué à deux personnes, *ut leg. pen.*, *ff. de usuf. accresc.*; parce que le droit d'accroissement étant réel, une portion peut bien accroître à une autre portion, mais non à la personne; ce qui a lieu dans l'usufruit, par la raison qu'étant une servitude, un véritable droit personnel, il ne peut avoir d'extension, *non egreditur personam*, *ut in leg. si ususfructus*, *ff. de jur. dot. ut sup. de usufructu*, *tit.* 4, § 4, *liv.* 2.

Il faut distinguer pour l'accroissement, si une même chose a été léguée conjointement, *v. g. lego Titio et Mœvio fundum tusculanum*; la portion défaillante accroît au co-légataire, non malgré lui, mais avec son consentement, toutefois avec les charges dont elle est grevée;

cas, ait légué à *Titius* et à *Maevius* le même esclave, il n'en est pas moins vrai que le legs est fait séparément : si tous les deux l'acceptent,

---

parce qu'en ce cas il prend la chose d'un autre, donc en l'acceptant il doit supporter nécessairement les charges ; si au contraire une même chose est léguée séparément à deux personnes, *v. g. lego Titio fundum tusculanum*, *lego Mævio fundum tusculanum*, la part de celui qui manque accroît en ce cas à l'autre, sans qu'il demeure obligé de supporter les charges de son co-légataire, par la raison qu'il est censé avoir reçu la chose entière de suite après la mort du testateur, dès qu'il n'a pas eu de concurrent ; il prend donc la chose entière comme sienne, et non comme ayant appartenue à autrui, *leg. unica*, § *ubi autem*, *cod. de cad. toll.*, puisque le tout lui avait été légué.

Quelquefois, parmi plusieurs légataires conjoints par la chose, il s'en trouve de conjoints par les choses et par les paroles ; ces derniers, pour l'accroissement et pour la division, ne sont comptés que pour un, *v. g. lego primo fundum tusculanum*, *lego secundo et tertio eumdem fundum*, *lego quarto eumdem fundum*, *lego quinto eumdem fundum*. Si le cinquième légataire manque, le premier aura dans ce cas le tiers ; le deuxième et le troisième, un autre tiers, et le quatrième le dernier tiers : et si l'un de ceux conjoints par la chose et par les paroles, manque, la portion accroît seulement à ceux conjoints par la chose et disjoints des autres par paroles. Voici un exemple qui pourra servir pour les deux cas que nous venons d'exposer : je lègue à *Marius* le fonds tusculan ; je lègue à *Vitellius* le même fonds tusculan ; je lègue à *Orphitius* et à *Sextus* le même fonds par égales portions ; je lègue à *Gracchus* et à *Tiberius* le même fonds ; si *Gracchus* manque, sa portion accroît de gré, *volenti*, à *Tiberius*, avec les charges dont elle est grevée ; si *Orphitius* manque, sa portion de gré accroît à *Sextus*, avec ses charges ; si *Marius* manque, sa portion accroît alors à tous les légataires, non de gré, mais *invitis*, parce que le tout leur a été légué, et qu'il n'a été divisé que par le concours. Cet accroissement se fait cependant de cette manière, que le second a la troisième partie de cette portion ; le troisième et le quatrième, l'autre tiers ; et le cinquième et le sixième, le dernier tiers ; et cela sans charge, parce que, comme nous avons dit ci-dessus, ils ne prennent point la portion d'un autre, mais une chose qui leur était propre, puisque le tout leur avait été légué, et dont le concours seul a opéré la division.

Ce dernier cas est le seul où les légataires souffrent malgré eux l'accroissement, qui n'a lieu, dans tous les autres cas, qu'autant que c'est un effet de leur volonté, *leg. unica*, *cod. de cad. toll.*, § *ubi autem*, *versiculo nam verò quidam* ; ce qui est bien différent pour les héritiers ; car l'accroissement a lieu à leur égard malgré eux, *dictâ lege unicâ*, *cod. de cad. toll.*, § *his ita* ; parce que tous les héritiers sont censés tacitement appelés pour le tout, *in solidum*, *leg. hæred.*, *leg. si ita quis*, *ff. de hæred. inst.* ; autrement il pourrait arriver que le testateur mourût partie *intestat* ; ce qui ne peut pas être : les héritiers sont

pécule regarde au contraire un étranger, que ce soit un esclave ou un homme libre, ce qui provient au legs du pécule depuis la mort du testateur, ne doit point céder au profit du legs, parce que le legs fait à tout autre qu'à son propre esclave est dû dès la mort du testateur, à moins que cette augmentâtion ne provînt des choses qui formaient le pécule du vivant du testateur, comme les enfans nés des femmes esclaves, ou les portées des animaux, *leg.* 8, *denique*, § *ult.*, *ff. de pecul. leg.*

Quoiqu'on lègue la liberté à un esclave, on ne présume pas que le pécule lui soit aussi légué, si le testateur ne l'a expressément déclaré; mais il n'en est pas de même de la liberté donnée entre-vifs, c'est-à-dire du vivant du maître, qui est alors censé avoir donné tacitement, outre le droit de la liberté, le pécule, à moins qu'il ne s'en soit clairement expliqué, *ut cod. de peculio ejus qui lib. meruit*, *leg. unica.* La raison de la différence vient de ce que celui qui donne la liberté entre-vifs est réputé avoir la volonté de faire toutes sortes de libéralités à l'esclave, puisqu'il se prive de son vivant de ses services, au lieu que celui qui ne donne que pour le

---

délivrance du legs, regardent le légataire, comme les legs faits sous condition ou à un jour incertain, *non cadunt nisi ex die vel conditione existente*; dans ce cas seulement on peut les transmettre à ses héritiers : on donne deux significations au terme *cedere*; on dit *legatum cedit* lorsqu'il commence à être dû; on dit *legatum venit* lorsque le jour où il peut être demandé et arrivé; 1°. lorsque le legs est pur, *statim cedit et venit*; 2°. lorsque le legs est fait *in diem*, le legs commence à être dû, *dies cedit*, mais il ne peut être demandé, *sed non venit*, qu'au jour fixé; 3°. si le legs est fait sous condition, il n'est dû ni ne peut être demandé; *dies non cedit nec venit*; tant que la condition est encore pendante, *leg.* 213, *cedere diem*, *ff. de verb. sig.*; la seconde signification donnée au terme *cedere*, est lorsque le tems est arrivé où l'on peut transmettre son legs à ses héritiers; ce qui arrive pour les legs faits dès la mort du testateur, et pour les legs conditionnels ou à jour incertain, lorsque le jour, ou la condition sont arrivés, *leg. unica*, *cod. de cad. toll.*, § *cum igitur*, *et* § *sin autem.*

Nota. Suivant le droit ancien, les legs pouvaient être transmis à la mort du testateur; suivant le droit nouveau, ce n'est qu'à l'ouverture du testament: cependant *Justinien* a voulu qu'on s'en tienne au droit ancien, *cod. de cad. toll.* Les legs qu'on ne peut transmettre aux héritiers, ne cèdent que lors de l'adition de l'hérédité, comme l'usage, l'usufruit, l'habitation, la liberté, ect.

tems

tems où il n'existera plus, paraît bien moins porté à favoriser l'esclave, puisqu'il ne fait aucun sacrifice : de-là vient qu'il s'en faut de beaucoup que la présomption soit la même dans l'un et l'autre cas, ainsi que l'ont pensé les empereurs *Sévère* et *Antonin*, suivant leurs rescrits : lorsqu'on lègue le pécule à un esclave, on ne doit point l'entendre de manière qu'il puisse demander ou rejeter ce qu'il aurait pu employer pour les affaires de son maître, à moins que le maître ne fût dans l'usage de rembourser l'esclave à fur et à mesure de ses dépenses pour sa maison, *ff. leg. de pec. leg.*, *leg.* 23, § 1°. Il demeure encore établi, suivant les rescrits des mêmes empereurs, que le testateur est censé avoir légué le pécule à son esclave, lorsqu'il a ordonné qu'il fût libre, l'instant d'après qu'il aurait rendu ses comptes, et qu'il aurait payé de son pécule ce dont il se trouverait reliquataire envers l'hérédité, *ut de pecul. leg.*, *ff. leg. denique*, § *interdum, et leg. 6*, *ff. de pecul. leg. et leg. si Sticho*, 21. Ce compte doit être rendu sans dol ni fraude, *ff. de fid. lib.*, *leg. Thaïs*, § *Stichus*.

§ XXI. On est libre de donner à titre de legs tant les choses corporelles que les choses incorporelles, c'est-à-dire les actions, les servitudes, etc., *ff. de leg.* 1°., *leg.* 1ª. *et leg. cætera, in ppio.* : de-là vient que le testateur peut léguer ce qui lui est dû, auquel cas l'héritier peut être contraint de céder ses actions au légataire (1), à moins que le testateur n'ait été remboursé de son vivant ; ce qui anéantit le legs, si le légataire ne prouve que le paiement en a été exigé sans l'intention d'éteindre le

(1) Le légataire a deux moyens pour demander ce qui est dû au testateur; 1°. lorsque l'héritier lui a cédé ses actions par action directe personnelle, qui est celle par laquelle on agit contre ceux qui sont obligés envers nous par contrat ou quasi-contrat; 2°. par action directe réelle, ou, ce qui est la même chose, par action utile, mais dont on se sert seulement quand il s'agit de la demande des choses non réelles; il peut donc employer l'une de ces actions, lorsque l'héritier ne lui a pas fait cession des actions du testateur, *ut leg.* 18, *ex leg. cod. de leg.*, parce qu'elle a lieu contre ceux qui ne sont pas obligés envers nous, mais qui possèdent ou ont en leur pouvoir une chose qui nous appartient, *ut inf.*, *liv. 4*, *tit. 6*, *de act.*, § 1°., *leg. si cum emptore*, *ff. de pent. leg. unic.*, *cod. quando fisc. vel privat.*, *leg.* 2ª., *cod. de oblig. et act.*

legs ; comme que le débiteur a voulu se libérer, ou que le testateur a mis pour le légataire la chose payée en dépôt, *ff. de leg.* 3°., *leg.* 11, § 11. Dans le doute, on présume toujours en faveur de l'héritier, *ff. de ad. leg.*, *leg. pen. et fin. et de lib. leg.*, *leg. non solum autem*, § *liberatio.* Le legs peut aussi consister en un fait, dès qu'il produit quelque utilité au légataire, comme si le testateur ordonne à son héritier de rebâtir la maison de quelqu'un, ou de payer ses dettes : s'il y a plusieurs héritiers, ils sont tous tenus solidairement, parce que les obligations de faire quelque chose sont individuelles, *leg. stipulationes*, *leg. in executione*, § 2 *de verb. oblig.*, *leg. fideicommissa*, § *ergo*, *et si nomen. de leg.* 3°. Ils ne seraient pas même libérés en offrant le prix de l'ouvrage, *ut dicta leg. fideicommissa*, § *ult.*

§ XXII. Lorsqu'un legs est fait d'un esclave ou d'autre chose en général, c'est au légataire à qui en appartient le choix, à moins que le testateur n'ait expressément déclaré le contraire. Pour décider autrefois à qui appartenait le choix, il fallait distinguer le legs *per vindicationem* du legs *per damnationem*, *lege si haeredes*, *lege legato*, *ff. de leg.* 1°., *leg si à substituto*, § 1°. Mais l'égalité entre tous les legs, introduite par *Justinien*, a déféré le choix au légataire : ce qui a lieu dans les legs des choses corporelles, et non de celles qui consistent dans une quantité, comme lorsqu'on a légué un certain nombre de pièces de monnaie indistinctement sans exprimer la qualité ; car on se règle alors suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant la qualité et la fortune des personnes dont il s'agit ; et dans le doute même, il faut s'en tenir à ce qu'il y a de moins, *leg. si servus*, § *ult.*, *ff. de leg.* 1°. *et leg. nummis*, *ff. de leg.* 3°. Dans les contrats, au contraire, ce n'est pas aux créanciers de choisir, *leg.* 1ª *in. fin.*, *ff. de jur. dot.*, § 33, *infr. de act.* ; et cela, parce que les testamens sont plus favorables que les contrats, *leg. in testamentis* 12, *ff. de reg. jur.* Lorsque nous avons dit que le choix appartenait toujours au légataire, il faut l'entendre de cette manière, qu'il faut que la chose léguée soit dans l'hérédité, *ut ff. eod.*, *leg. legato*, *ff. de leg.* 1°. *et leg. qui duos*, *ff. de leg.* 2°. Autrement, la chose tombe au choix de l'héritier, *ff. de vin. trit. et al.*, *leg.* 3ª. et 4ª. Si le testateur de plusieurs choses certaines en a légué quelqu'une d'incertaine, comme s'il a légué un de ses esclaves ; ou qu'il ait voulu léguer quelque chose de

certain, et qu'à cet effet il l'ait expressément nommé, comme s'il a dit, je lègue *Stichus* mon esclave ; s'il y a dans l'hérédité plusieurs esclaves qui se nomme *Stichus*, le choix tombe alors à l'héritier, parce que, quelque esclave qu'il donne de ceux qui ont pour nom *Stichus*, il remplira toujours la volonté du testateur, *ut leg. si quis à filio, § si quis plures, ff. de leg.* 1°. Si au contraire le testateur n'a point déterminé la chose incertaine, *v. g.* si de deux esclaves, il en a légué un sans savoir lequel, le choix appartient alors au légataire, *leg.* 2ª., *qui duos, ff. de leg.* 1°.; comme si de plusieurs maisons, il en lègue une indéterminée, le choix est encore au légataire; si au contraire il lègue une maison, n'en ayant aucune, le legs est considéré comme un persifflage fait au légataire, *leg. si domus, ff. de leg.* 1°. : il en est de même si on lègue un fonds en général, parce qu'on pourrait le composer d'une si petite contenance, qu'il serait sans aucune valeur, *ff. de jur. dot., leg. cum, § generaliter, leg. licet, et leg. quod in rerum, § quod si quis, ff. de leg.* 1°.

§ XXIII. Autrefois, lorsque le testateur permettait au légataire de choisir parmi ses esclaves, on avait supposé à cette faculté la condition tacite que si le légataire ne faisait point le choix de son vivant, le legs devenait inutile, et ne passait point à ses héritiers ; ce qui a été changé par la constitution au code *communia de leg., leg. fin. in ppio*, suivant laquelle il est permis à l'héritier du légataire d'exercer encore son droit, quoique le choix n'ait pas été fait du vivant du légataire. Par une exactitude remarquable, cette constitution s'étend au cas où plusieurs légataires auraient un droit égal sur une même chose, et qui ne seraient pas d'accord sur la détermination ; et encore au cas où l'un d'eux fût mort sans faire le choix à la survivance de plusieurs enfans en discord aussi sur l'option : dans l'un et l'autre cas, il a été décidé, pour empêcher que le legs ne devînt inutile, que le hasard serait l'arbitre du choix, *ff de jud., leg. in tribus*, quoique plusieurs jurisconsultes, qui, au lieu de se renfermer dans les bornes de l'équité, recherchèrent au contraire la rigueur du droit, se fussent déclarés contre le legs, et l'eussent considéré comme inutile, *ut leg. hujusmodi, § fin., ff. de leg.* 1°.; de manière que l'avis de celui sur qui le sort sera tombé, prévaudra pour l'option, laquelle une fois faite, ne pourra plus être

changée, *leg. apud Aufidium, ff. de opt. leg.*, *leg. si quis stipulatus, ff. de verb. oblig.*, *et leg. actus legitimi, ff. de reg. jur.*

§ XXIV. Les legs peuvent être faits seulement à ceux qui peuvent recevoir par testament, *qui habent testamenti factionem passivam* : il est nombre de personnes qui en sont incapables ; 1°. *persona incerta, ut §°. sequenti ;* 2°. *peregrinus sive deportatus, cod. haered. inst., leg.* 1ª. ; 3°. *in metallum damnatus, ff. de his quae pro non script. hab., leg. si in metallum ;* 4°., *servus de adulterio cum domina commisso accusatus, sup. de haered. inst.*, § 2°. ; 5°. *collegium nisi probetur licitum, cod. de haered. inst., leg. collegium ;* 6°. *incestuosi, auth. quib. mod. nati effic. sui*, § *ult.* ; 7°. *haeretici majoris haeresis, ff. de haereticis, leg. Manichaeos*, § *ipsos quoque*, *et* § *ergo* ; 8°. *apostatae, cod. de apostat., leg. hi qui sanctam ;* 9°. *mulier nubens intra annum à tempore mortis mariti, nov. de nuptiis*, § 1°. ; 10°. *qui in hostium potestate sunt, leg. si servo*, § 10., *ff. de leg.* 1°., *et leg.* 4ª., *de his quae pro non script. habentur, ff.*

DROIT ANCIEN.

§ XXV. On ne pouvait autrefois laisser de legs ni de fidéicommis à des personnes incertaines, pas même dans un testament militaire, suivant le rescrit de l'empereur *Adrien*, parce que la volonté et le jugement du testateur doivent avoir quelque chose de certain dans les legs ainsi que dans l'institution ; *leg. qui in testamento, ff. qui test. fac. poss.* Une personne incertaine était celle que le testateur concevait dans son esprit sous une opinion incertaine, c'est-à-dire sans la connaître d'une manière certaine ; comme lorsqu'il disait, j'ordonne à mon héritier de donner cent écus d'or à celui qui donnera sa fille à mon fils en mariage ; ou lorsqu'il disait, je donne cinquante écus d'or aux premiers qui seront nommés consuls, *ut ff. de cond. et dem*, *leg. Publius, et cod. de magi. muni. leg.* 1ª., après la faction de mon testament, etc. Il est si vrai qu'on ne pouvait léguer à une personne incertaine, quoique tout contribuât à favoriser la liberté, qu'on regardait comme non valable le legs de la liberté fait à une personne indéterminée, *ut ff. de ma-*

numiss. test., *leg. cùm ex pluribus, et cod. de mutat. nom.*, *leg.* 1ª. *et ad leg. Corn. de falsis, leg. falsi*, parce que, suivant la loi *Fusia Caninia, ut in Cujacio*, les esclaves devaient être affranchis par leur nom ; il était cependant permis de léguer à une personne incertaine, sous une certaine démonstration, *leg.* 3, § *hoc amplius, et si servus legatus*, § *hujusmodi*, *leg. legato*, § 1°., *ff. de leg.* 1°., *et leg quidam de rebus dubiis ;* c'est-à-dire à une personne incertaine entre plusieurs personnes certaines ; comme lorsque le testateur disait, je veux que mon héritier donne cent écus d'or à celui d'entre mes parens qui épousera ma fille, *ut leg. quidam*, *ff. de reb. dub.* Le legs fait aux pauvres n'était pas encore considéré comme fait à des personnes incertaines ; mais il était attribué aux pauvres du lieu où le testateur avait sa maison, c'est-à-dire sa famille et son domicile, *leg. id quod pauperibus, leg si quis ad declinandum*, § 1°. *et* 2°., *cod. de episc. et cler.*, *nov.* 131, *chap.* 2 : il demeurait pourtant établi par les constitutions des empereurs, que quoiqu'autrefois les legs et les fidéicommis laissés à des personnes incertaines, ne fussent point valables, s'ils avaient été payés par erreur, on ne pouvait pas en répéter le remboursement ; il en était ainsi du fidéicommis qui aurait été rendu en vertu d'un testament qui n'aurait pas été revêtu de toutes les solennités requises, *leg. fideicommiss.*, *ff. de cond. indebiti*, *leg.* 2ª., *cod. de fideicommiss.*, parce qu'il naît une obligation naturelle de la seule volonté du testateur, laquelle une fois acquittée, n'est plus sujette à répétition, *leg. si non sortem*, § *libertus*, *leg. Julian.*, *in fin.*, *leg. frater à fratre, in ppio, vers. naturalem enim, et leg. si dominus, in fin.*, *ff. de condit. indebit. ;* il en est de même de l'héritier qui, après avoir payé les legs entiers, ne peut pas répéter ce qu'il aurait eu droit de distraire pour la falcidie, *leg. ult. cod. ad leg. Falcid.*

§ XXVI. Le legs fait en faveur d'un posthume étranger, n'était pas autrefois valable, par la raison que les posthumes sont considérés comme des personnes incertaines, parce qu'il est incertain s'ils avorteront ou s'ils viendront à bon port (1). On appelle *posthume étranger*, celui

(1) L'institution faite en faveur d'un posthume étranger, n'était pas valable selon le droit civil, *ff. de lib. et posth.*, *leg. gallus*, § *ille casus* ; elle n'était valable qu'en vertu du

qui ne serait pas né héritier sien du vivant du testateur ; d'où il suit que le posthume d'un fils émancipé, est posthume étranger de l'aïeul, *leg. posthumus, ff. de inoff. test.*

DROIT NOUVEAU.

§ XXVII. *Justinien* ne resta pas long-tems à réformer ces dispositions ; car dans une constitution au code qui ne nous a point été transmis, il a réformé tout ce qui était relatif aux personnes incertaines, non-seulement pour ce qui regardait les institutions, mais encore les legs et les fidéicommis, ainsi qu'il le déclare explicitement : la réformation touchant les personnes incertaines ne s'étendait pas néanmoins aux tuteurs ; car on ne pouvait donner en vertu de cette ordonnance un tuteur incertain au pupille, parce que le père doit pourvoir à la tutelle de sa postérité par un jugement certain et déterminé, avec d'autant plus de raison qu'il pourrait facilement arriver qu'elle tombât en de mauvaises mains.

§ XXVIII. Autrefois, par le droit *prétorien, ut inf. de bon. poss. et ff. de lib. et posth.*, *leg. Gallus*, on pouvait, comme on le peut encore aujourd'hui par le droit civil, instituer héritiers les posthumes étrangers, *leg. posthumus, de inoff. test.*, à condition toutefois qu'ils aient été conçus avec des femmes dont les lois nous permettent de faire nos épouses.

§ XXIX. Pourvu qu'il conste de la personne à qui on lègue, l'erreur commise par le testateur dans le nom, surnom, prénom ou qualité du légataire (1), *leg. si in nomine, cod. de test.*, ne nuit point à la vali-

---

droit *prétorien* ; c'était abusivement et improprement qu'on appelait héritier celui qui était institué, parce que le préteur ne faisait point d'héritier, mais un possesseur de biens, qui tenait la place d'héritier.

(1) On appelle *nom* le nom de la famille, comme *Cornelius* ; *cognomen* est le nom mis après le nom de la famille, comme *Scipion* ; *prænomen* est le nom qu'on met devant le nom de famille pour distinguer deux personnes qui portent le même nom ; comme *Marcus* devant *Tullius* : *agnomen* est le nom qu'on donne par l'évènement des choses, *ut Africanus*, parce que *Scipion* vainquit l'Afrique. Ces différens noms sont donnés aux particu-

dité du legs, *ff. si certum pet., leg. certum, et cod. de legat. leg., si fortid.;* ce qui doit être également observé à l'égard des héritiers; car les noms ayant été inventés pour distinguer les hommes et les différencier, qu'importe si de toute autre manière ils peuvent être reconnus, *leg.* 4, *cod. de test. et ff. de leg.* 3°., *leg. liberorum*, § *quod tamen Cassius* (1), à moins qu'il ne pût en résulter quelque erreur, *ff. eod. de leg.* 3°., *leg.* 4, *et de susp. leg., lege habeo*, § *sed de his.*

§ XXX. Ainsi qu'une pareille démonstration rend le legs bon et valable, *demonstratio nominis vice fungitur, leg* 1ª., § *si quis, ff de haered. inst., et leg.* 6ª., *ff. de reb. credit., et leg* 34., *ff de cond. et dem.*, lorsque la personne à qui on a légué ne se trouve pas désignée, de même la fausse démonstration ne vicie pas le legs, si la chose léguée se trouve autrement désignée; comme si le testateur a dit, je lègue *Stichus* mon esclave, né dans ma maison, ou né d'une de mes esclaves; quoiqu'il soit né hors de la maison, et qu'il ait été acheté, le legs n'en serait pas moins valable, si d'ailleurs on peut reconnaître de quel esclave le testateur a entendu parler; il en serait de même si l'esclave avait été ainsi désigné, je lègue *Stichus*, mon esclave, que j'ai acheté de *Sejus*; le legs est valable, quoique le testateur ait acheté *Stichus* d'un autre, *leg. demonstratio*, *leg. nominatim*, § *sed etiam, ff. de cond. et demonst.;* il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une vente, *leg. si quis fundum, ff. de contrah. empt.*

§ XXXI. De cela qu'une fausse démonstration, qui tient de la substance du legs, ne le rend point vicieux, à plus forte raison une fausse cause, qui y serait ajoutée, ne l'empêche point de valoir, puisque les causes pour lesquelles les legs sont faits, *non illis cohaerent*, en de-

---

liers d'une famille, pour les distinguer les uns des autres: il est des personnes qui prennent le terme *nom* pour le *nom de baptême*, le *surnom cognomen* pour le nom de famille, et celui *d'agnomen* pour la qualité de procureur, avocat, juge, etc.

(1) Car, quoiqu'un étranger ne soit pas mon frère, il est cependant valablement institué par le nom de frère, si d'ailleurs il est assez bien désigné, *leg. nemo dubitat*, § 1°., *ff. de hared. inst.*, *leg.* 5, *cod. de leg.*, *ff. de cond. et dem.*, *leg. falsa demonstratio.*

meurent indépendantes ; la raison en est que les legs sont valables sans cause, *leg. cum tale*, *§ falsam causam*, *ff. de cond. et demonst.* ; car le legs est une espèce de donation, *ff. de cond. in deb.*, *leg. in summa*, *§ id quoque* ; comme si le testateur avait dit, je lègue *Stichus* à *Titius*, pour avoir géré mes affaires pendant mon absence ; ou bien, je lègue *Titius* à *Marius*, parce que, par sa protection, j'ai été absous d'un crime capital pour lequel j'étais poursuivi ; quoique *Titius* n'ait jamais géré les affaires du testateur, et que ce ne soit point par la protection de *Marius* qu'il ait été délivré des poursuites qu'on faisait contre lui, les legs n'en seront pas moins valables, *leg. demonst*, *§ quod miles*, *ff. de cond. et demonst.* ; cela ferait pourtant une différence si la cause était apposée à un legs par manière de condition ; comme si le testateur avait dit, je lègue à *Titius* le fonds *Cornelius*, s'il a eu soin de mes affaires, *ff. si cert. pet.*, *leg. cum ad præsens et leg. itaque* ; le legs est alors dépendant de la condition, parce qu'il est censé être révoqué, si *Titius* n'a pas eu soin des affaires du testateur, *leg. si legatum*, *leg. legata inutiliter*, *ff. de adempt. leg.*, *et leg. aliquando*, *ff. de cond. et demonst.*

§ XXXII. Il a été mis en question si le legs fait à l'esclave de l'héritier serait valable ; il a été décidé que si le legs est fait purement et simplement, il devient inutile, parce que ce legs étant dû dès la mort du testateur, *ut cod. de cad. toll.*, *§ cùm igitur*, et l'esclave acquérant pour son maître, *ut sup. per quas personas nob. acq.*, *§ item nobis*, il s'en suivrait que l'héritier institué étant le maître de l'esclave, il serait à-la-fois héritier et légataire, *ut ff. de leg.* 1°., *leg. legatum est*, § 1°. ; la même personne ne pouvant être tenue d'une dette vis-à-vis d'elle-même, à moins que la liberté ne lui eût été aussi léguée ; le legs serait également inutile lors même que l'esclave, après la faction du testament, serait mis hors de la puissance de l'héritier, même du vivant du testateur, par la raison que le legs ayant pu être inutile par la mort du testateur, sitôt après la faction du testament, il ne peut être rendu valable, de cela que le testateur aura vécu plus long-tems, *Regulæ Caton.*, *quod ab initio non valuit*, *tractatu temporis non convalescit*, *leg. cætera* 41, *§ 1°.*, *ff. de leg.* 1°. : si le legs au contraire est fait sous condition, il peut être valable, en examinant toutefois si le tems auquel

auquel la condition arrive, ou ce qui est la même chose, le tems auquel le legs est exigible, l'esclave n'est plus sous la puissance de l'héritier, car le legs ne vaudrait point s'il était encore esclave, *ut ff. ad. leg. falcid., leg. si à servo.*

§ XXXIII. Au contraire, il n'y a point de difficulté qu'on ne puisse léguer valablement, même purement et sans condition, au maître de l'esclave institué héritier; comme si le testateur disait, j'institue héritier *Stichus*, esclave de *Simpronius*, et qu'il ajoutât, je lègue le fonds tusculan à *Simpronius*, maître de *Stichus*, mon héritier institué; en ce cas, quoique le testateur décédât après la faction du testament, il ne s'en suivrait pas que le legs fût dû à l'héritier, quoique les legs soient dûs dès la mort du testateur, *cod. de cad. toll.*, § *in novissimo*, parce qu'il n'y a d'héritier qu'après l'acceptation de l'hérédité faite par l'ordre du maître et du consentement de l'esclave, *cod. de haered. inst., leg. cùm proponas.* Le maitre peut donc être légataire sans qu'il y ait d'héritier, puisque l'hérédité est entièrement séparée du legs; cela posé, il pouvait arriver que l'esclave institué acceptât l'hérédité, de l'ordre de son maître légataire, ou qu'il passât sous la puissance d'un autre maître, auquel cas il acquérait l'hérédité pour ce dernier, ou qu'il vînt à être affranchi, auquel cas il devenait lui-même héritier, ce qui rendait dans toutes ces espèces le legs valable. Le legs s'éteindrait au contraire par voie de conséquence, si l'esclave demeurait dans le même état qu'il était au tems où il a été institué, et qu'il acceptât l'hérédité par l'ordre de son maître; tout irait alors se confondre dans la même personne, comme nous avons dit au paragraphe précédent.

§ XXXIV. On était autrefois tenu, dans les testamens, d'observer un certain ordre dans la manière d'écrire et de placer les dispositions; en sorte qu'on ne pouvait faire de legs avant l'institution d'héritier; la raison prise de ce que les testamens tiraient précisément toute leur force de l'institution d'héritier, qui en est par conséquent regardée comme la base et le fondement, dès qu'ils ne sauraient subsister sans elle, *ff. de jur. cod., leg. fin., inf. tit.* 30, § *in primis, et de his quae in testamento doc., leg. penult. ibi cal. plur.*: de-là vient qu'on ne pouvait pas même donner la liberté avant l'institution d'héritier; mais comme il paraissait injuste qu'on s'en tînt plutôt à l'ordre de l'écriture qu'à la

volonté du testateur, *Justinien*, par sa constitution au code *de testamentis*, *leg. ambiguitatis* en réformant, permit à chacun de disposer à son gré dans son testament, soit en léguant avant l'institution d'héritier, ou entre les institutions d'héritier; et à plus forte raison il permit aussi de donner de cette manière la liberté, dont l'usage mérite plus de faveur que toute autre chose; d'où il suit que parmi plusieurs légataires, il n'y a point de préférence, soit qu'on se trouve le premier ou le deuxième; mais ils concourent tous également, *leg. cùm pater*, *§ fidei. tab. de leg.* 2°., *leg.* 5, *§ qui prior.*, *ff. ut in poss.*, *leg. vel fid.*

§ XXXV. On ne pouvait autrefois léguer après la mort de l'héritier ou du légataire, c'est-à-dire de manière que le legs ne fût exigible qu'après la mort de l'un d'eux: comme si le testateur avait dit, je lègue lorsque mon héritier sera mort, ou bien au jour qui précédera la mort de mon héritier ou bien celle de mon légataire; ou bien, ce qui est la même chose, je charge *Titius*, mon héritier, de donner après sa mort cent écus d'or à *Sejus*; ou je charge *Titius*, mon héritier, de donner à *Sejus* cent écus d'or après sa mort; ce qui avait été ainsi établi, à cause de cette ancienne règle de droit, que l'action qui n'est pas commencée par le défunt, ou contre le défunt, ne peut commencer par l'héritier ni contre l'héritier, *leg. dubium*, *cod. Theodosiano de divers. rescript.*, l'obligation ne pouvant être transportée à ce tems où elle n'a pû commencer; ce qui a été également réformé par *Justinien* dans sa constitution au code *ut actiones ab haered.*, *et cont. haered. leg.* 1ª., par laquelle il a été établi que les legs, à l'exemple des fidéicommis qui leur sont assimilés, pourront être laissés après la mort de l'héritier et du légataire, leur donnant la même autorité qu'aux fidéicommis, afin que les droits des uns ne soient pas moins avantageux que les droits des autres, *ut ff. eod.*, *leg.* 1ª., *et sup. eod. tit.* § 3°.; en sorte qu'aujourd'hui l'action peut commencer par l'héritier et contre l'héritier, *ut dicta constitutione, ut actiones ab haered. et cont haered.*, *leg.* 1ª. *cod.* (1).

---

(1) C'est assez mal à propos qu'on a placé en ce paragraphe l'espèce ci-dessus. *je lègue au jour qui précédera la mort de mon héritier ou celle de mon légataire*, parce que ces

§ XXXVI. Les legs ne pouvaient autrefois être faits, ni révoqués, ni transférés à titre de peine, *paenae nomine*, c'est-à-dire en imposant une peine à l'héritier, *ut leg.* 12, *ff. de cont. et demonst.*, au cas qu'il fasse ou ne fasse pas quelque chose, *ut de his qui paenae nomine, leg.* 1ª., § 2º.; comme si le testateur dit : je charge mon héritier, s'il donne sa fille en mariage à *Titius*; ou au contraire, s'il ne donne pas sa fille en mariage à *Titius*, de payer dix écus d'or à *Sejus*; ou s'il dit encore : je veux que mon héritier, dans le cas où il aliène à *Stichus* son esclave, ou dans le cas qu'il ne l'aliène pas, qu'il paye cent écus d'or à *Sejus*. Cette règle était si fort observée, qu'il demeurait établi dans plusieurs constitutions des empereurs, que le prince lui-même ne pouvait recevoir un legs qui aurait imposé quelque peine à l'héritier, *sup. quibus modis test. infirm.*, § *fin. in fin.* : ce qui s'étendait jusques dans les testamens militaires, quoique la volonté du testateur y fût même plus scrupuleusement exécutée, *ut cod. de testam. milit.*, *leg.* 1ª. ; bien plus, on déclarait non valables les legs de la liberté, lorsqu'ils étaient faits *paenae nomine*; et suivant le sentiment de *Sabinus*, on ne pouvait ajouter un cohéritier à l'héritier déjà institué *paenae nomine*, c'est-à-dire par forme de peine ; comme si le testateur avait dit : j'institue *Titius* mon héritier ; et s'il donne sa fille en mariage à *Sejus*, je veux que *Sejus* soit aussi mon héritier : il n'importait pas de quelle manière on punît l'héritier ; l'effet était toujours le même ; c'était toujours le condamner à donner un legs ou à avoir un cohéritier. Mais *Justinien*, désapprouvant cette exactitude déplacée par sa sévérité, comme n'étant pas naturel qu'il fût donné tant de contrainte à celui qu'on regarde comme faisant tout l'objet de notre attachement, par la disposition dont on le favorise, ordonna par sa constitution au code *de his quae pœn. nom.*, *leg.* 1ª., que généralement tous les legs qui seraient faits, transférés ou révoqués à l'avenir, quoique ce fût dans le dessein d'imposer une peine à l'héritier, ne seraient pas différens des autres legs, soit en les faisant, soit en les révoquant, soit en les transférant ; il voulut qu'il n'y eût de

---

legs étaient valables, même autrefois, *leg. si cum hæres*, 4 *ff. quand. dies*, *leg. cod.*; parce que le moment où on va mourir, est réputé tenir plus de la vie que de la mort, *leg. qui dua*, § 10, *ff. de manumiss. testam.*

différence, qu'au cas que le testateur aurait ajouté pour peine contre l'héritier, une condition impossible, ou défendue par les lois, ou deshonnête : ces conditions sont regardées comme si elles n'avaient pas été imposées, *pro non scriptis habentur*; et tout ce qui aurait pu être donné ou transféré demeure au profit de l'héritier, tout ainsi que s'il n'avait été rien légué, révoqué ou transféré, *ut leg. unica, cod. de his qui paenae nom.* La raison en est qu'il ne convient pas dans les tems où nous vivons de laisser subsister des dispositions aussi peu raisonnables; il y a même cette différence entre les conditions impossibles, apposées aux legs qu'on appelle *paenae nomine*, et les conditions impossibles, apposées aux legs ordinaires, que la condition impossible, apposée à un legs *paenae nomine*, en cause la nullité, *ut hoc* §°.; et que la condition impossible, apposée à un legs ordinaire, ne le rend pas nul pour cela; elle est seulement considérée comme si elle n'avait pas été apposée, *pro non scripta habetur, ut sup., lib.* 2, *tit.* 14 *de haered. inst.*, § 10 *impossibilis.* Les conditions impossibles sont celles par lesquelles le testateur ordonnerait à son héritier de transporter une montagne, de toucher le ciel avec la main, etc.; ce qui est défendu par les lois, *ut si testator praeceperat dare inquilinos sine praediis, ff. de leg.* 1°., *leg. si quis inquilinos vel aliquàm*; ce qui est deshonnête, comme si le testateur a ordonné à son héritier de l'ensevelir avec ses habits, *ff. de leg.* 1°., *leg. servo alieno* 113, § *fin.*; ou bien de jetter son corps dans la mer, *ff. de cond. inst., leg. pen. in ppio.*

DE LA DIFFÉRENCE DES LEGS.

Avant de finir ce titre, nous parlerons des différentes manières qui distinguent les legs; les uns sont purs, les autres sont faits jusques à un jour *in diem*, ou depuis un jour *ex die*; d'autres sous condition; d'autres sous démonstration; d'autres sous une cause; d'autres enfin sous un mode, *leg.* 1ª. *in ppio., ff. de cond. et demonst., leg.* 17, *in ppio.*, § *ult., leg.* 72, § 6 *eod.*

LEGS PUR.

On appelle un legs purement fait, celui qui ne dépend d'aucun évè-

nement, *in his dies statim cedit venit*, *leg.* 213, *ff. de verb. sig.*, *leg.* 5, § 10, *ff. quando dies*, *leg. ced.*, excepté le legs d'usufruit, d'usage, d'habitation, du don de la liberté, dont le jour ne cédait que du moment de l'adition de l'hérédité, parce que ces sortes de legs ne passent point aux héritiers, *leg. im.*, § 2°., *ff. quand. dies ususf.*, *leg. ced.*, *leg.* 8, *ff. quand. dies*, *leg. ced.*, *leg.* 16 *de opt. leg.*

LEGS *EX DIE ET IN DIEM.*

Le legs *in diem* ou *in die*, *v. g. lego aedes Maevio per decennium*; *ex die sive certo*, *sive incerto*, *v. g. Simpronio lego hortum post decennium*, *vel post decennium à morte meâ*, *vel à tempore quo liberos susceperit.* Le premier legs est pur, *statim cedit et venit à morte testatoris.* Le second, *dies statim cedit*, *sed non venit nisi existat*, *leg.* 5, § 1°., *leg.* 21, *ff. quand. dies*, *leg. ced.* Le troisième où le jour est incertain, *dies nec cedit*, *nec venit antequam existat*, *leg.* 21 et 22, *ff. eod.*, parce que le jour incertain tient lieu d'une condition, *leg.* 75, *ff. de cond. et demonst.*

LEGS CONDITIONNEL.

Le legs conditionnel ne cède et ne vient qu'à l'évènement de la condition, § 2, *quand. dies*, *leg. ced.* Il ne passe même pas auparavant aux héritiers, *leg.* 4, *ff. quand. dies*, *leg. ced.*, *leg. uni.*, § 7, *cod. de cad. toll. et leg.* 18, *ff. de reg. jur.* : ce qui est différent dans les contrats où la condition a un effet rétroactif, *leg.* 11, § 1°., *ff. qui pot. in pig.* Le legs n'est pas acquis au père, si la condition existe encore sur la tête du fils après l'émancipation; ce qui est autrement pour les contrats, *leg.* 78, *ff. de ver. obl.*, *leg.* 18, *ff. de reg. jur.*, *leg.* 5, § 2, *ff. quand. dies*, *leg. ced.* Voyez ci-dessus, au *liv.* 2, *tit.* 14, § 9 et 10, ce que nous avons dit des conditions.

LEGS DÉMONSTRATIF.

Le legs démonstratif se fait lorsqu'on ajoute une certaine description à une personne ou à une chose pour les désigner, *v. g.* je lègue *Stichus*,

ou l'esclave que j'ai acheté, à *Mœvius*, *leg.* 34, *ff de cond. et demonst.* La condition regarde l'avenir; la démonst. le passé, *leg.* 34, § 1°., *ff. de cond. et demonst.* Une fausse démonstration ne vicie pas plus le legs, *leg.* 17, *leg.* 34, *leg.* 40, § 4, *ff. de cond. et demonst.*, que l'erreur dans le nom, *leg.* 4, *ff. de leg.* 1°. Voyez les § 30 et 31, ci-dessus.

LEGS SOUS CAUSE.

Le legs sous cause est celui où le testateur ajoute une cause impulsive, c'est-à-dire une raison qui l'engage à faire le legs en faveur d'une personne, *leg.* 72, § 6, *ff. de cond. et demonst.* La fausseté de la cause ne vicie pas le legs, *leg.* 17. § 2°, *de cond. et demonst.*, à moins que l'héritier ne puisse prouver que le testateur n'aurait point légué, s'il eût connu que la cause était fausse; car l'exception de dol a lieu dans ce cas, *leg.* 72, § 6, *ff. de cond. et demonst. Vide* le § 31 ci-dessus.

LEGS SOUS UN MODE.

On lègue sous un mode toutes les fois qu'on exprime la fin pour laquelle le legs a été fait, *v. g.* je lègue cent écus d'or à *Titius* pour réparer sa maison, *leg.* 17, § *ult.*, *ff. de cond. et demonst.* Ce legs est pur, *dies statim cedit et venit*, à la condition toutefois que le légataire cautionne qu'il accomplira le mode, *leg.* 40, § *ult.*, *leg.* 80, *ff. de cond. et demonst.* Cette caution a lieu aussi pour les conditions négatives; dans le cas, par exemple, où une chose qu'on avait lieu d'attendre n'arrive pas, on appelle cette caution *cautio muciana*, parce qu'elle fut introduite par *Mucien*, *leg.* 7, *ff. eod. cond. et demonst.*

LEGS SOUS UNE PEINE.

Les legs captatoires sont inutiles, *v. g.* si *Titius* me lègue sa maison, je lui lègue dix écus d'or, *leg.* 64, *ff. de leg.* 1°.: mais les legs avec clause pénale, *paenae nomine*, sont valables, si d'ailleurs il n'est enjoint rien de honteux à l'héritier, *ut* § 36 *eod.*

On peut demander les legs avec les fruits, l'accessoire et les intérêts, depuis que l'héritier est en demeure, *leg.* 39, § 1°., *ff. de leg.* 1°., *leg.* 42, *ff. usufr.* On peut agir *rei vindicatione*, si le testateur a légué une chose qui lui fût propre, *leg.* 23, *de rei vind.*, parce que la propriété passe au légataire, dès la mort du testateur, *leg.* 80, *ff. de leg.* 2°. On peut agir par action personnelle, *ex testamento*, parce que l'héritier a quasi-contracté avec le légataire, en acceptant l'hérédité, § 5, *inf. de oblig. quae quasi ex contr.* On peut agir par action hypothécaire, parce que les biens héréditaires sont tacitement obligés aux légataires et fidéicommissaires.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 34. Nous avons vu que les Romains définissaient le legs une espèce de donation faite de la part d'un défunt, et qui doit être livrée par l'héritier; de même en France, le legs à titre universel est défini une sorte de donation, par laquelle le testateur donne une quotte part des biens dont la loi lui permet de disposer, (art. 1010); le legs n'est point valable, s'il n'apporte quelque utilité au légataire.

Chez les Romains, le légataire était saisi de plein droit par la mort du testateur, et l'héritier était dès-lors en demeure pour la délivrance de la chose léguée. Parmi nous, les légataires ne sont point saisis; la saisine légale appartient à l'héritier; c'est pourquoi les légataires sont tenus de lui demander la délivrance, (art. 1011) et (1014). Le légataire particulier n'a même aucun droit aux intérêts ou fruits, que du jour de la demande, (art. 1014); et ils ne courent à son profit du jour du decès et sans qu'il ait formé sa demande en justice, que dans les cas où le testateur seul a expressément déclaré dans le testament, ou qu'il aura légué à titre d'alimens, une rente viagère, (art. 1015): toutefois il a un droit certain à la chose léguée, du jour du décès, et ce droit est transmissible à ses héritiers ou ayant-cause, (art. 1014.).

Le testateur, à Rome, pouvait léguer, non-seulement les choses

qui lui appartenaient, mais encore les choses qui appartenaient à autrui sous une distinction, *ut sup.*, § 4, *de leg.* Cette règle n'a pas dû être admise parmi nous; dans tous les cas, le legs de la chose d'autrui sera considéré comme non écrit, (art. 1021.)

Par le droit romain, si le testateur avait légué une chose engagée, l'héritier était tenu de la dégager, à moins que le testateur n'eût déclaré que l'hypothèque serait à la charge du légataire. Parmi nous, la chose léguée doit être délivrée par l'héritier dans l'état où elle s'est trouvée au jour de la mort du testateur, (art. 1018 et 1020.)

A Rome, le legs fait par un débiteur à son créancier, de la somme qu'il lui devait, était nul si le legs n'était pas plus avantageux que la dette. En France, dans tous les cas, le legs ainsi fait sera valable; mais il ne sera point censé fait en compensation de la créance, (art. 1023); il en est de même du legs fait au domestique, qui ne sera point réputé fait en compensation de ses gages, *loc. cit.*

Selon le droit Romain, si le testateur avait légué une chose en général, le choix appartenait au légataire, à moins que le testateur n'en eût autrement ordonné. En France, lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner, ni de la meilleure qualité, ni de la plus mauvaise; ce qui est fondé sur les principes de l'équité, (art. 1022.)

Chez les Romains, les acquisitions nouvelles que faisait le testateur, après la faction du testament, et qu'il joignait à l'immeuble légué, entraient dans la propriété du légataire. Parmi nous, les nouvelles acquisitions, fussent-elles contigues, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition de la part du testateur, faire partie du legs: cependant, les embellissemens, les constructions nouvelles, l'enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte, passeront, avec le legs, au pouvoir du légataire, (art. 1019.)

Par le droit Romain, si une même chose était léguée conjointement à plusieurs, elle était partagée par égales portions; si quelqu'un d'eux était incapable, ou n'acceptait pas, sa part accroissait aux autres: de même en France, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement,

ment, il y aura lieu au droit d'accroissement, (art. 1044) ; le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il n'y aura qu'une seule disposition, dans laquelle ne sera point assignée la part de chacun des colégataires, *loc. cit.* ; il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, sera donnée à plusieurs dans un seul acte, même séparément, (art. 1045.)

TITRE XXI.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

La volonté du testateur est ambulatoire ; c'est pourquoi il peut changer ses dispositions jusqu'au dernier moment de sa vie, *leg.* 4ª. *et* 3ª., § *fin.*, *ff. adim. leg.* Pour ce qui regarde l'institution d'héritier, faite généralement, il faut un autre testament revêtu de toutes les formes pour anéantir le premier, parce que l'hérédité ne peut être donnée ni ôtée directement en vertu d'un codicille, *leg. quod per manus.*, *ff. de jur. codicill.*, *leg. si idem. cod. eod.*, *leg. non codicillum*, *cod. de test.* Les legs au contraire peuvent être révoqués avec moins de formalités, soit dans le testament dans lequel ils ont été laissés, soit dans des codicilles, *leg.* 17, *cod. de leg.* Cette révocation vaut toujours, soit qu'elle ait été faite en termes contraires ; comme si le testateur avait dit : je donne et lègue, et qu'il eût révoqué le legs, en disant : je ne donne pas et je ne lègue pas ; soit qu'elle ait été faite par des termes opposés, comme je révoque, je suis fâché d'avoir légué, etc. Ce que nous venons de dire comprend la révocation expresse ; mais il est encore une révocation tacite, qui emporte la force des legs et la rend nulle, comme une inimitié capitale, survenue entre le testateur et le légataire, *leg.* 3 *in fin. et leg.* 4, *ff. de adempt. leg.* Si la chose léguée a été volontairement et sciemment aliénée par le testateur, ou si ce dernier a notifié au légataire, en présence de deux témoins, sa volonté contraire, *leg.* 13, *ff. hoc tit.*, *leg.* 27, *cod. de fid.*, le légataire peut alors être repoussé par l'exception *doli mali*, *leg.* 3, § *ult.*, *leg. rem legatam*, *ff. hoc tit.* On ne peut révoquer ni transférer les legs par une clause générale, *leg. uxorem* 41, § 3, *felicissimo*, *ff. de leg.* 3°.

§ Iᵉʳ. Ainsi qu'un legs peut être révoqué, de même il peut être transporté sur la tête d'un autre ; comme si le testateur disait : je lègue à *Sejus* l'esclave *Stichus* que j'avais légué à *Titius*, *leg. sicut*, *ff. hoc tit.*

soit que cela se fasse dans le même testament, soit dans des codicilles, auquel cas le legs se trouve en même-tems révoqué, au préjudice de *Titius*, et donné ou transféré à *Sejus*; quand bien même *Sejus* serait incapable, la révocation n'en vaudrait pas moins, *ff de leg.* 1°., *leg. planè in ppio.* La translation peut se faire de quatre manières, *v. g.* de *Caïus* à *Sejus*; 2°. la charge de rendre le legs peut avoir été donnée à un des héritiers et transférée à un autre; 3°. lorsqu'on donne une chose pour une autre, *v. g.* si au lieu d'un fonds, on donne dix écus d'or; 4°. lorsque ce qui était donné purement est transformé ou donné sous condition, *leg. 4 et 6, ff. hoc tit.*; autrement, le legs laissé sous condition ou avec charge, est transporté d'une personne à une autre, sous la même condition et sous la même charge, quoique cela ne soit pas exprimé, *leg. legatum, ff. hoc tit., et leg. Caïo, in ppio., ff. de alim et cib. leg.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 35. On doit tenir pour certain que, généralement en France, la révocation de tout ou partie d'un testament, faite par un testament postérieur, emporte aussi la révocation des legs qui se trouveront incompatibles avec les dispositions nouvelles, (art. 1036). Si au contraire le testateur fait retenir un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté, le testament est nul dans son entier, (art. 1035.)

Parmi nous, comme chez les Romains, le testateur n'a point la faculté de diminuer, transporter ni révoquer les legs portés dans son testament par des actes postérieurs, qu'on nommait à Rome codicilles: ces actes sont bannis de notre législation, et il faut nécessairement un testament nouveau pour emporter le premier, *loc. cit.* Ce nouveau testament, fût-il même invalable par l'omission de quelqu'une des formalités requises, la révocation n'en a pas moins son effet, (art. 1037.)

Selon le droit romain, si le testateur aliénait le fonds légué, avant de prononcer la révocation du testament, on distinguait si l'aliénation avait

été faite par nécessité ou dans le dessein de révoquer le legs : parmi nous, cette distinction n'est pas admise, et toute aliénation, celle même avec faculté de rachat, que faisait le testateur, du tout ou de partie de la chose léguée, emporte la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation soit nulle et que le fonds soit rentré dans la main du testateur, (art. 1038).

TITRE XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Nous venons de voir quelle atteinte on peut porter aux legs par la révocation et la translation. Voyons maintenant celle qu'on peut y porter par la loi *Falcidie*, qui est la dernière par laquelle on a mis des bornes à la disposition des legs ; elle fut introduite, parce qu'autrefois, suivant la loi des douze tables, un testateur avait la libre faculté d'absorber en legs son entier patrimoine ; en sorte qu'il ne restait rien aux héritiers institués : cette loi s'exprimait ainsi : *de quelque manière* qu'un père de famille ait disposé de ses biens, que sa volonté s'accomplisse, *leg. verbis legis*, *ff. de verb. sig.* : c'est pourquoi les législateurs ont restreint cette liberté tant en faveur des héritiers qu'en faveur des pères de famille qui mouraient le plus souvent *intestat*, parce que les héritiers refusaient d'accepter l'hérédité, lorsqu'ils n'y appercevaient aucun avantage, ou qu'ils ne devaient en retirer qu'un très-médiocre ; pour réprimer cet abus, on vit d'abord paraître la loi *Furia*, *Ulpien libro regular.*, *tit.* 1er. et 28. Cette loi défendait de léguer à chaque légataire plus de 1000 sols, afin qu'il restât par ce moyen à l'héritier une plus grande quantité de biens héréditaires : cette loi ne fut pas exempte d'erreur ; elle restreignait bien la quantité d'or ou d'argent qu'on pouvait léguer à chaque légataire, mais elle ne fixait pas le nombre des légataires que le testateur pouvait insérer dans son testament ; en sorte qu'il arrivait quelquefois qu'une fortune des plus considérables était entièrement épuisée par le grand nombre des légataires, et qu'il ne restait rien à l'héritier institué.

Il fallut encore pourvoir à ce nouvel abus ; on établit à cet effet la loi *Voconcia*, *ut liquet ex verr.* 3, qui défendait aux pères de famille de léguer à chaque légataire plus que l'héritier ne devait avoir dans la

succession : cette loi fut plus avantageuse aux héritiers que la précédente ; elle ne demeura pas pourtant sans abus ; car il arrivait que les testateurs multipliaient si fort le nombre des légataires, eu égard à la quantité de leurs biens, que les legs étaient extrêmement médiocres ; en sorte que les héritiers qui n'avaient qu'autant qu'un légataire, dédaignaient souvent d'apréhender l'hérédité ; ce qui faisait que le testateur mourait *intestat.*

Toutes ces lois étant donc insuffisantes, on publia la loi *Falcidie*, *Dion. lib.* 48. Cette loi défendit aux testateurs de léguer au-delà des trois quarts de leurs biens, *ultra quadrantem*; en sorte qu'il restait toujours la quatrième partie de la succession pour l'héritier, ou héritiers institués, indépendamment des legs : la loi *Falcidie* a lieu ; 1°. dans les donations à cause de mort, *leg.* 5, *cod. hoc tit.* ; 2°. *in mortis causâ capione*, *cod. eod.*, *leg. pen.*, quoique plusieurs jurisconsultes soutiennent le contraire, quant. *ad mortis causâ capione*, sur le fondement de la loi *acceptis* 83, *ff. eod.*, *et leg.* 76, *hoc tit.* ; 3°. dans les fidéicommis particuliers, *cod. eod*, *leg.* 2ª., et non dans les universels, *ut inf.*, *tit. prox.*, § 10 ; 4°. dans la donation entre-vifs, confirmée par la mort, et non autrement, *cod. eod.*, *leg.* 12, *in donationibus.*

§ Ier. Quoiqu'il y ait plusieurs héritiers d'institués, et que les uns soient plus chargés que les autres, chacun doit trouver, par le moyen de la falcidie, la quarte de sa portion ; par exemple, si le testateur a institué deux héritiers, *Titius* et *Sejus*, par égales portions ; que celle de *Titius* se trouve entièrement épuisée par les legs dont il aura été nommément chargé, et que *Sejus*, au contraire, n'ait été chargé d'aucuns legs ; ou que, s'il en a été chargé, ils ne diminuent sa portion que de la moitié, c'est-à-dire de trois onces ; il ne s'en suit pas de ce que *Sejus* a la quatrième partie de toute l'hérédité, c'est-à-dire, trois onces, ou même au-delà, que *Titius* ne puisse distraire, par le moyen de la falcidie, jusqu'à ce qu'il ait la quatrième partie de sa portion, qui serait, suivant cette espèce, une once et demie ; parce que, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, la disposition de la loi falcidie doit avoir lieu à l'égard de chaque héritier, en quelque nombre qu'ils

aient été institués, *ut leg.* 77, *in singulis*, *ff.*, *hoc tit.* (1); la raison en est qu'il est censé y avoir autant d'hérédités qu'il y a d'héritiers, c'est-à-dire de portions d'hérédité, comme chaque partie d'un fonds est censée former un fonds, *leg. locus*, *ff. de verb. sig.* L'héritier ne doit même imputer pour sa quarte, que ce qui lui vient à titre d'institution, *leg.* 74, 76 et 81, *ff. hoc tit.*; car il ne serait pas tenu, par exemple, d'imputer à sa quarte ce qui lui serait venu d'un legs, dont son co-héritier eût été chargé pour lui; à moins que le testateur n'eût voulu qu'il l'imputât, *ut ff. eod.*, *leg. quod autem*, § *Marcellus.*

§ II. Pour la distraction à faire en vertu de la loi falcidie, il faut se régler sur le patrimoine au tems de la mort du testateur; en sorte que si quelqu'un n'ayant que cent écus d'or en biens, pour tout patrimoine, les employait en legs, et que depuis la mort du testateur et avant l'adition d'hérédité, ces cent écus eussent tellement produit par le moyen des esclaves héréditaires ou autrement, qu'indépendamment des cent écus légués, l'héritier trouvât encore de quoi remplir sa quarte, cela ne servirait de rien aux légataires; cet accroissement advenu à l'hérédité, céderait en entier au profit de l'héritier, et il n'en aurait pas moins le droit de prendre sur chaque legs la falcidie, jusqu'à ce qu'il eût la quarte des cent écus légués (2).

Par la même raison et dans le sens contraire, si le testateur, au lieu de cent écus d'or, n'en a légué que soixante-quinze, les autres vingt-

---

(1) Ce qui a lieu aussi à l'égard des substitués chargés de legs, *leg. in ratione*, § *si filio*, *ff. hoc tit.*

(2) Le cas devient bien différent lorsqu'il s'agit d'un débiteur héréditaire; car, s'il devient insolvable après la mort du testateur et avant l'adition de l'hérédité, la perte est supportée par l'héritier; si au contraire, d'insolvable qu'il était, il devient solvable, l'accroissement est au profit des légataires pour ce qui regarde la falcidie seulement; car l'héritier est tenu d'imputer en sa quarte, ce qui lui vient de ce débiteur, *ut leg. cum quo* 56, *ff. hoc tit.*; la raison en est qu'il reste toujours l'espérance, que de pauvre il deviendra riche; espérance qui subsiste lors de la mort du testateur, espérance qui fait alors, pour ainsi dire, partie de son patrimoine, *leg. si defunctus*, *vers. nec enim paupe-ribus*, *cod. arbi. tu.*

cinq écus pour la quarte de l'héritier, et que depuis la mort du testateur et avant l'adition de l'hérédité, les biens se trouvent tellement diminués, soit par la mort des esclaves, par des incendies ou des naufrages, qu'il ne reste plus que les soixante-quinze écus légués, ou même moins, la perte entière tourne au préjudice de l'héritier, en sorte qu'il est tenu de payer les legs entiers, *leg.* 73, *ff eod.*, *et sup.*, § 2°. *de legatis;* à moins que le legs n'eût consisté en une chose certaine, comme un esclave; ou en une chose incertaine parmi plusieurs choses certaines qui vinssent toutes à périr; auquel cas la perte serait pour les légataires, *leg. in ratione legis falcidiae mortis*, § *diligenter*, *ff. eod. et sup. de leg.*, § *si res legata;* parce que celui qui n'est tenu qu'à livrer une espèce, comme un esclave, est libéré par l'extinction de la chose, *ff. de verb. oblig.*, *leg. si ex legati;* il en serait autrement si l'on était débiteur d'une quantité, parce qu'elle est censée ne pouvoir jamais périr, *lege incendium*, *cod. si cert. petatur;* la condition de l'héritier ne paraît pas en ce cas trop mauvaise, puisqu'il est libre de ne point accepter l'hérédité, *volenti non fit injuria*, parce qu'il n'y a que les fidéicommissaires universels qui, en considération des charges de la succession qu'ils sont obligés de supporter, puissent le contraindre à accepter, *leg.* 14, § 5, *et seq. ff. ad sen.-c Treb. et tit. seq.*, § *ergo*, *si quidem*, *vers. sed si recusat.* C'est pour cela que les légataires sont souvent dans la nécessité de composer avec l'héritier pour une moindre portion de leur legs, afin de l'engager à accepter lh'érédité, dans la crainte que s'il n'acceptait pas, le testament devenu inutile, ils n'en pussent tirer acun avantage.

§ III. Lorsqu'il y a lieu à la falcidie, et avant de la distraire, il faut déduire du patrimoine les dettes passives (1), les frais funéraires (2) et

(1) C'est-à-dire, ce à quoi le testateur était personnellement obligé, *leg.* 54, *ff. hoc tit.*, *leg.* 59, § 1°., *ff. de verb. sig.*

(2) C'est-à-dire ceux qu'il a fallu faire nécessairement pour la sépulture, *leg.* 12. *et* 14; § 3, *ff. de religios.*, *leg.* 3°., *cod. de relig.*; ces frais viennent même par préférence à toutes autres dettes du défunt, au cas que ses biens ne soient pas suffisans pour satisfaire tous ses créanciers, *leg. penult.*, *ff. de relig.*; plus, les frais employés pour la vente des biens, s'il y a lieu d'en faire, *leg.* 62, *quantitas*, *ff. hoc tit.*

le

le prix des esclaves affranchis (1), suivant la commune estimation, *ff. cod. leg. pretia*, et prendre ensuite la falcidie sur tout le reste; de manière que la quatrième partie demeure à l'héritier, et les trois autres à distribuer entre les légataires, à proportion de ce qui aura été légué à chacun d'eux : c'est pourquoi, à supposer que le testateur ait légué quatre cents écus d'or, et que cette somme soit l'exacte valeur de son patrimoine, il faut alors distraire de chaque legs la quatrième partie pour la falcidie; mais si nous supposons qu'au lieu de quatre cents, il n'ait légué que trois cents cinquante écus, il ne faudra prendre sur chaque legs que la moitié de la quarte ordinaire, c'est-à-dire un huitième; si au contraire le testateur a légué cinq cents écus, il faut d'abord soustraire les cent écus qui excèdent la valeur de son patrimoine, et défalquer ensuite le quart pour remplir l'héritier de sa quarte. On doit donc poser pour règle, que toutes les fois que le testateur lègue au-delà de la consistance de ses biens, il faut premièrement distraire ce qui excède son patrimoine, et ensuite prélever la part qui doit revenir à l'héritier pour sa quarte, sur ce qui a été réellement laissé.

Il est plusieurs cas où la falcidie n'a pas lieu; 1°. dans la dot léguée à la femme, *leg.* 815, *ff. hoc tit.*; 2°. dans le testament d'un soldat en exercice, *leg.* 17 *et* 92, *ff. et leg.* 40 *et* 7, *cod. hoc tit.*; 3°. dans les choses que le testateur a défendu d'aliéner, *auth. sed in eâ re cod. hoc tit.*; 4°. dans les choses frauduleusement soustraites par l'héritier, *leg.* 24, *ff. hoc tit.*; 5°. dans les legs pour cause pie, *nov.* 31, *chap.* 12; 6°. dans les legs de la liberté, *leg.* 33, 34 et 43, *ff hoc tit.*; 7°. Si le testateur a expressément défendu de

(1) Par la raison qu'autrefois, s'il n'y avait point d'esclave dans l'hérédité, on en achetait un plus ou moins grand nombre pour assister aux funérailles du défunt et pour précéder le convoi; parce qu'il était deshonorant chez les Romains de marcher devant un mort : cela se pratiquait suivant que le testateur l'avait ordonné; et s'il n'y avait pas d'ordre exprès de sa part, suivant la volonté de l'héritier : ces esclaves portaient le bonnet des affranchis; c'est pourquoi on les appelait *Pileati*; et ils étaient réellement affranchis de droit *ipso jure*, dès l'adition de l'hérédité, *cod. de latina lib. toll.* § *sed. et qui domini.* Il fallait donc distraire de l'hérédité le prix des esclaves.

distraire la falcidie, *nov.* 1ª., *chap.* 11, § 2, *vel* 8°. si l'héritier, après la mort du testateur, a promis de payer les entiers legs, *leg.* 46, 71, *ff.*, *et leg. ult. cod. hoc tit.*; 9°. si l'héritier a payé les entiers legs, sachant bien ou ignorant qu'il pouvait distraire la quarte, *leg.* 9, *eod.*; 10°., si l'héritier a prétendu qu'une chose lui appartenait, lorsqu'elle appartenait à l'hérédité, *leg.* 59 *et leg.* 68, § 12, *ff. hoc tit.*; 11°. si le testateur, de son vivant, a donné à l'héritier la quarte ou l'équivalent, *leg.* 56, § *ult. et leg.* 91, *ff. hoc tit.*; 12°. si l'héritier n'a pas fait inventaire; 13°. si le testateur a légué, *v. g.* dix écus, afin que le légataire en achetât un esclave étranger à l'hérédité, et l'affranchît ensuite; on ne pouvait tout au plus alors prélever la quarte que sur ce qui pouvait rester après l'achat de l'esclave, *ff. de fideic. lib.*, *lege axem et ff. cod.*, *leg. sed et si non servus* 120; 14°. si le testateur a légué un esclave, et qu'il ait chargé le légataire de l'affranchir, *leg.* 33, *ff. hoc tit.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 36. Déjà plus d'une fois nous avons observé que l'institution d'héritier n'est pas en France, quant aux testamens, ce qu'elle était chez les Romains; celle-ci n'a de rapport parmi nous que quant à la faculté de disposer, sous la dénomination *d'institution d'héritier*, ou sous la dénomination de *légataire universel*; il suit que presque tout ce qui est rapporté dans ce titre de relatif à la quarte falcidie, ne peut recevoir en France aucune application : néanmoins, il paraît que le même motif qui dicta la loi falcidie au législateur romain, a déterminé toutes les dispositions contenues dans le chapitre *de la Portion disponible* et *de la Réduction*, *liv.* 2, *tit.* 2, *chap.* 3 *du Code civil.* En effet, il a été permis au père d'exercer vis-à-vis d'un de ses enfans, parens ou étrangers, quelque libéralité par acte entre-vifs, ou dans le dernier acte de sa vie; car il était juste qu'il pût se livrer au penchant de son cœur ou acquitter la dette de la reconnaissance; mais la sollicitude du législateur a dû s'étendre aussi jusqu'à la fixation de la quotité des biens dont le père pourrait disposer; c'est pourquoi elle est proportionnée au nombre des

enfans ou descendans légitimes que laisse le testateur au jour de son décès, (art. 913), et s'il n'a point d'enfans ou descendans légitimes, au nombre des ascendans des deux lignes, (art. 915); il a même prévu le cas où, au mépris de la disposition des lois, abusant de l'autorité paternelle, le testateur excéderait la quotité disponible; aussi a-t-il introduit une action en faveur des ascendans et descendans légitimes ou leurs ayans-cause, (art. 921), à l'effet de faire réduire les donations ou legs, (art. 920.)

Chez les Romains, pour exercer la falcidie, il fallait considérer la quantité des biens au jour de la mort du testateur. Parmi nous, la réduction se détermine aussi en formant une masse de tous les biens existant au décès du testateur ou donateur (art. 922); la raison en est que le légitimaire doit prendre les biens à titre de légitime, de la même manière qu'il les aurait pris à titre de succession.

TITRE XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS ET AD SENATUS-CONSULTUM TREBELLIANUM.

Nous avons déjà vu tout ce qui regarde les substitutions directes, c'est-à-dire celles qui nous viennent directement du testateur, et qui n'avaient lieu jadis qu'en termes civils et directs, *ut sup. de leg.*, § 3; il sera question maintenant des substitutions indirectes ou fidéicommissaires, c'est-à-dire qui ne nous viennent qu'indirectement du testateur : elles n'avaient lieu qu'en termes obliques et supplicatoires, *verbis obliquis et precariis*, *Ulp. lib. reg.*, *tit.* 25. Il est deux espèces de fidéicommis ; le *fidéicommis général*, et le *fidéicommis spécial* égalé aux legs : nous commencerons par celui qui a le plus d'étendue, c'est-à-dire par le premier.

§ Ier. Avant l'empereur *Auguste* tous les fidéicommis, tant les généraux que les particuliers, ne produisaient d'effet qu'autant que ceux qui en étaient chargés avaient la volonté de les rendre ; parce que personne ne pouvait être contraint de donner ce qu'il était seulement prié de restituer. La difficulté qu'on éprouvait pour faire passer ses biens à des incapables (1), fut ce qui donna principalement lieu aux fidéicommis ; en sorte que dès qu'on voulait, en frandant la loi, comme on le voit en ce paragraphe, et *Ulpien*, *tit.* 25, § 16, favoriser ces sortes de personnes, on laissait par fidéicommis sa succession à ceux qui étaient capables de recevoir par testament avec charge, *verbis precariis*, de

(1) Les incapables étaient, par exemple, les enfans bâtards, les clercs qui, suivant les constitutions du prince, ne pouvaient recevoir par testament ; la femme qui se mariait dans l'an du deuil, et qui ne pouvait rien recevoir d'un étranger, c'est-à-dire en ligne collatérale, *cod. incest. nupt.*, *leg. si quis incesti*, *et cod. de sec. nupt.*, *leg.* 1re.

restituer aux personnes incapables ; ils furent appelés *fidéicommis*, parce que ceux qui en étaient chargés, n'étaient engagés par aucun lien de droit, *ut ff. de verb. sig.*, *leg. pecunia verbum*, § *actionis*. Le testateur s'en rapportant entièrement à la bonne foi et à la probité des héritiers qui, dans ces premiers tems où le vice n'avait pas encore fait beaucoup de progrès, suivaient assez exactement leur devoir ; mais attendu que la foi des hommes a toujours été douteuse et fragile, les testateurs exigeaient ordinairement des héritiers leur serment de rendre le fidéicommis, *leg. cum pater*, § *filium*, *ff. de leg. secundo*, *leg.* 3 *de jur. fisci*, *leg.* 2, *cod. commun. de leg.* Il y eut bientôt une foule d'abus ; l'empereur *Auguste*, touché par la considération de quelques personnes réclamantes, qui se trouvaient privées de successions considérables, et indigné de la conduite perfide des héritiers qui, même au nom de l'empereur, refusaient de restituer, or donna aux consuls d'interposer leur autorité à cet égard ; cela parut même si juste et si avantageux pour le peuple, que non-seulement les consuls, mais encore plusieurs autres magistrats, en prirent peu-à-peu connaissance. Les fidéicommis furent insensiblement si favorisés, qu'il fut dans la suite créé un préteur expressément pour ce seul objet ; ce qui lui fit donner le nom de *préteur-fidéicommissaire*, *leg.* 2ª., *ff. de orig. jur.* Les gouverneurs dans les provinces eurent aussi le droit d'en connaître, *leg. etiam*, *cod. de reb. cred.*, *leg. si res.*, *ff. de leg.* 1°.

§ II. Nous remarquerons en premier lieu qu'un testament serait nul et ne pourrait produire absolument d'effet, si l'on ne faisait que charger simplement quelqu'un d'un fidéicommis ; il faut nécessairement, suivant les formalités du droit civil, qu'il y ait un héritier d'institué (1) ;

---

(1) C'est-à-dire, lorsque le fidéicommis est laissé par testament ; parce que tout testament est inutile, sans institution d'héritier, § 34, *sup. de leg. de his quæ intest.*, *leg. proxim.* § *Calphurnius Longinus, et ff. de cond.*, *leg. fin.* ; car il ne s'en suit pas de-là que les fidéicommis ne puissent avoir lieu que par testament ; ils ont aussi lieu *ab intestat* dans des codicilles où l'on charge l'héritier légitime de rendre, § 10, *inf. hoc tit.*, *leg.* 16, *ff. de jur. cod.*, et dans des codicilles se référant à un testament, *leg.* 2ª., *ff. de jur. cod.* Le fidéicommis a lieu aussi *ab intestat*, lorsque le testament renferme la clause codicillaire ;

lequel doit être chargé de restituer à un autre l'entière hérédité, parce que tout testament est radicalement nul sans institution d'héritier : ce qui se pratique ainsi : je fais *Lucius Titius* mon héritier; et je le prie, aussitôt qu'il aura recueilli ma succession, de la rendre à *Caïus Sejus*. Le testateur pouvait même prier l'héritier de n'en rendre qu'une partie, même de la rendre purement, ou sous condition, ou après un certain tems, *ff. ad Treb.*, *leg. facta*, § *sub. cond.* (1)

§ III. La restitution de l'hérédité une fois faite, l'héritier n'en demeure pas moins héritier; et celui qui a reçu les biens est quelquefois considéré comme héritier, et quelquefois comme légataire; il tient la place de l'héritier, lorsqu'il s'agit d'un fidéicommis universel, parce que toutes les actions et les charges passent sur le fidéicommissaire, en vertu du Trébellien; il tient la place du légataire, lorsqu'il s'agit des fidéicommis particuliers, parce qu'ils sont égalés aux legs, et que les charges demeurent à l'héritier, § 9, *postulante*, § 1°., *ff. ad Treb.*, *leg. filius f.*, § 1°.

§ IV. C'est en faveur du fidéicommis universel qu'on fit pendant le

---

s'il est nul, l'héritier légitime, moyennant cette clause, est censé être chargé de rendre à l'héritier institué tous les biens qu'il a recueillis, *leg. ex eâ scripturâ*, *ff. qui test. fac. poss.*, *et leg. ab intestato.*, *ff. de jur. cod.*

(1) Voilà en quoi le fidéicommis universel diffère de l'hérédité, qui ne peut être donnée directement pour une partie, ni après un certain tems, ni jusqu'à un certain tems, *ut sup. hæred. inst.*, § *hæres* 9; parce que dans le premier cas, le testateur serait décédé, partie *testat* et partie *intestat*, contre la loi *jus nostrum*, *ff. reg. jur.*; et que dans le second, l'hérédité se trouverait en suspens; ce qui ne peut être à l'égard du fidéicommis, soit qu'il ait été laissé pour partie, soit *ad diem*, *vel ex certo tempore*, parce que, dès que l'hérédité a été une fois acceptée, l'héritier n'en demeure pas moins héritier, quoiqu'il ait fait la restitution, § *sequenti*, *leg.* 88, *de hæred. inst.*, *leg.* 7, § 10, *ff. de min.*; il ne lui restait que cette qualité simple et utile d'héritier; autrement les actions tant actives que passives passaient au fidéicommis en vertu du *Trébellien*, *leg.* 1ª., § *cujus verba*, *ff. ad sen.-c. Treb.*; ce qu'on doit entendre des actions utiles, *leg. si hæres*, *ff. ad Treb.*; car les actions directes lui restaient, avec cette faculté, que s'il venait à être poursuivi par quelque créancier héréditaire, il pouvait les repousser *exceptione restitutæ hæreditatis*, *leg. ita tamen*, § *qui in Treb.*, *ff. ad Treb.*

règne de *Néron* et sous le consulat de *Trébellius-Maximus* et d'*Année-Sénèque*, un sénatus-consulte, par lequel il fut ordonné que, lorsqu'on restituerait une hérédité en vertu d'un pareil fidéicommis, toutes les actions (1) que l'héritier pourrait intenter, et qu'on pourrait intenter contre lui, en vertu du droit civil, passeraient à celui auquel la succession aurait été restituée par fidéicommis. C'est d'après ce sénatus-consulte que le préteur, chargé de prendre connaissance des fidéicommis, commença à donner aux fidéicommissaires les actions utiles, afin qu'ils pussent agir en quelque sorte comme héritiers, et qu'ils pussent être poursuivis en la même qualité.

§ V. Le même inconvénient qui était survenu à la loi falcidie à cause des legs, eut lieu aussi pour les successions fideicommissaires; en sorte que les héritiers, chargés de rendre l'hérédité, refusaient d'accepter, dès qu'ils ne devaient en retirer aucun ou qu'un très-petit avantage : ce qui faisait que les fidéicommis devenaient absolument inutiles ; cela donna lieu à un sénatus-consulte sous le règne de *Vespasien* et sous le consulat de *Pégasius*, pour engager les héritiers d'accepter ; il fut donc établi que celui qui serait chargé de restituer une hérédité, aurait la faculté d'en retenir une quatrième partie, de la manière pratiquée pour les legs, en vertu de la loi *falcidie;* laquelle faculté fut également donnée à l'héritier par ce même sénatus-consulte pour les fidéicommis particuliers ; mais, par la restitution faite en vertu de ce sénatus-consulte *Pégasien*, les actions ne passaient pas, comme par le *Trébellien*, sur la tête du fidéicommissaire particulier, lequel ne tenait lieu que d'un légataire, les charges demeurant toutes à l'héritier ; en sorte, que lorsqu'il avait été laissé un fidéicommis pour une partie de l'hérédité, *v. g.* pour plus de neuf onces, la condition de l'héritier était des plus fâcheuses, puisque étant obligé de parfaire sa quarte en vertu du *Pégasien*, il demeurait en outre chargé de toutes les dettes de l'hérédité ; pour parer à cet inconvénient, on introduisit, à raison de ces différentes actions, l'usage

(1) Toutes les actions ne passaient point aux fidéicommissaires lorsque l'héritier retenait la quarte, parce qu'elles demeuraient à l'héritier, à proportion de la consistance de cette quarte.

des stipulations (que l'héritier et le légataire partiaire avaient coutume de faire ensemble) entre l'héritier et le fidéicommissaire ; en sorte qu'il y eût un partage égal de profits ou de pertes entr'eux, au prorata des droits que chacun d'eux avait sur les biens de l'hérédité.

§ VI. Suivant l'intérêt de l'héritier, on se servait tantôt du *Trébellien* et tantôt du *Pégasien* ; on employait le *Trébellien* toutes les fois que le fidéicommis ne se portait pas à un tel degré, que l'héritier fût obligé de stipuler du fidéicommissaire, qu'il demeurât autorisé à soustraire du fidéicommis pour remplir sa quarte, par exemple, si l'héritier n'était chargé de rendre que les trois quarts ou moins de l'hérédité ; parce que alors, n'ayant pas besoin de rien distraire du fidéicommis, les dispositions du *Pégasien* lui devenaient absolument inutiles ; les actions passaient, en vertu du *Trébellien, pro rata parte*, sur la tête du légataire ; elles passaient en la personne de l'héritier, en vertu du droit civil, et en la personne du fidéicommissaire, en vertu du S.-C. *Trébellien*, qui le considérait en cela comme héritier ; la raison en est que les fidéicommis étaient inconnus au droit civil. Le S.-C. *Pégasien* avait lieu au contraire toutes les fois que le fidéicommis comprenait au-delà des trois quarts de l'hérédité ; en sorte que, lorsque l'héritier avait une fois accepté, pourvu que ce fût de son plein gré, soit qu'il retînt la quarte, soit qu'il ne voulût pas la retenir, il était obligé de soutenir toutes les charges héréditaires, parce que, par l'adition volontaire, il était censé n'avoir eu en vue que les dispositions du *Pégasien* ; il eût été injuste de lui laisser la faculté de se rétracter pour employer le *Trébellien*, par la seule raison qu'il aurait compté sur de gros bénéfices lors de l'adition, et qu'il aurait voulu ensuite se raviser en se mettant en garde contre les pertes qu'il aurait pu être dans le cas d'éprouver : lorsque l'héritier cependant retenait la quatrième partie, la stipulation *partis et pro parte* avait lieu contre lui et le fidéicommissaire, de la même manière qu'elle se pratiquait entre l'héritier et le légataire partiaire ; s'il rendait l'hérédité toute entière, sans rétention de quarte, il y avait lieu alors à la stipulation *emptæ et venditæ hæreditatis*. Si au contraire l'héritier, ne voulant pas avoir recours à ces stipulations, voulant également se mettre en sûreté, refusait d'accepter l'hérédité, sous prétexte qu'elle lui paraissait onéreuse

reuse (1). Le S.-C. *Pégasien* avait établi pour la validité du fidéicommis, que le fidéicommissaire pourrait faire ordonner par le préteur que l'héritier serait tenu d'accepter l'hérédité, et de lui en faire la restitution sans rétention de quarte, *leg. si quis omissa, ff. si quis omissa causa test. et leg. 4 et 16, § 6, et leg. 27, § 11*, que toutes les actions passeraient sur la tête du fidéicommissaire, ainsi et de même qu'il était ordonné par le S.-C. *Trébellien* : ce qui dispensait de toutes sortes de stipulations, parce que la sûreté de l'héritier était pleine et entière, dès que les actions héréditaires, passant en la personne du fidéicommissaire, ne pouvaient être intentées que contre lui ; c'est en cela que les S.-C. *Trébellien* et *Pégasien* avaient entr'eux quelque rapport ; ils faisaient l'un et l'autre passer les actions héréditaires, sans rétention de quarte. Nous avons dit *quelque rapport*, parce qu'ils différaient même en ce cas, en ce que le *Pégasien* n'opérait cette transmission que lorsque l'héritier était obligé d'accepter; au lieu qu'en vertu du *Trébellien*, l'héritier ne pouvait être contraint; il acceptait toujours de plein gré.

§ VII. Les stipulations qui avaient lieu, en vertu du S.-C. *Pégasien*, ne furent pas long-tems approuvées par les anciens jurisconsultes. *Papinien*, personnage d'un rare et sublime esprit, les appelait même captieuses ; car on pouvait aisément être trompé en certain cas, parce qu'elles pouvaient devenir inutiles, si le fidéicommissaire n'était point solvable. *Justinien*, recherchant plutôt la simplicité que la subtilité dans les lois, *ff. de dol., leg. 1^a., in ppio*, après avoir examiné les rapports et les différences qui se trouvaient entre les deux S.-C., et voyant que le *Pégasien* était postérieur au *Trébellien*, crut devoir abroger le *Pégasien*, et donner une autorité entière au S.-C. *Trébellien*, en vertu duquel il voulut que les hérédités fidéicommissaires fussent à l'avenir restituées, soit que le testateur eût laissé la quarte à l'héritier, *ut cod. cod., leg. et sine scriptura*, soit qu'il eût laissé plus ou moins, soit enfin qu'il n'eût absolument rien laissé ; auxquels derniers cas il permit à l'héritier de retenir l'entière quarte, ou ce qui pourrait lui manquer pour la rem-

(1) L'héritier n'avait pas besoin d'exprimer la cause pour laquelle il suspectait l'hérédité, *ff. ad Trib., leg. quia poterant, vers. non enim.*

plir (1), même de répéter ce qu'il aurait pu payer par erreur de fait, *leg. error, cod. ad leg. falcid.*, *leg. si haeres*, § 1°., *ff. ad Trebellianum*, *leg. si sponsas*, § 1°. *de don. inter vir. et uxor.*, *leg. fideicommissam de cond. indebiti* ; comme s'il avait cru devoir payer conformément au *Trébellien*, tel qu'il était avant qu'il y fût rien ajouté, en vertu duquel on ne pouvait alors retenir de quarte, ou par erreur de calcul, parce qu'il aurait cru qu'il lui resterait assez pour être rempli de sa quarte, etc. (2) Il fut encore établi que les actions héréditaires se diviseraient entre l'héritier et le fidéicommissaire au prorata de l'émolument que chacun d'eux aurait à prétendre sur la succession (3) ; et que, dans le cas où l'héritier ne retiendrait rien, et que telle fût sa volonté de restituer l'entière hérédité, toutes les actions héréditaires, tant actives que passives, seraient alors transmises au fidéicommissaire, *ut ff. leg. quod cùm, et leg. si filius, § fin., leg. cùm fructuarius, ff. de usuf. et leg. qui totam, ff. ad Treb.* : enfin *Justinien* ajouta encore

---

(1) Par le droit du digeste, on ne pouvait défendre de prendre la quarte, *leg. si legatus, § ult., ff. ad Treb.* : par les constitutions, on ne pouvait le défendre aux enfans du premier degré, *leg. jubemus, cod. eod.*, *leg. si ut allegas, cod. ad leg. falcid.* : par le droit nouveau, la quarte peut être défendue aux enfans du premier degré, pourvu qu'on la défende nommément, à l'exemple de la falcidie, *authent. sed cum testator, cod. eod., nov.* 1ª., *chap.* 2, § 2 ; elle ne peut pas même être défendue dans un codicille, si l'on a omis de le faire dans le testament, *nov.* 1ª., *chap.* 2, *vers. si verò.*

(2) Il en serait autrement s'il s'agissait de quelques erreurs de droit, *leg.* 1ª., *cod. ad leg. falcid.*, *leg.* 68, § 1°., *ff. hoc tit.*

(3) L'hérédité se divise entre l'héritier et les légataires, après en avoir déduit les dettes, *ære alieno deducto*, parce qu'il est tenu des charges de l'hérédité, dont il n'en passe aucune aux légataires ; il ne se fait au contraire aucune déduction dans la division entre l'héritier et le fidéicommissaire, parce qu'ils sont tenus des charges héréditaires, chacun pour la part qu'il tient de la succession : quant aux charges des legs, elles regardent entièrement le fidéicommissaire, *ff. ad Treb.*, *leg.* 1ª., *in fin. et leg. apud*, sans qu'il puisse retenir la quarte ; ce qui doit s'entendre lorsque l'héritier est chargé de rendre toute l'hérédité, ou les trois quarts ; en sorte qu'il ne lui reste que sa quarte ; car s'il n'est chargé de rendre qu'une partie de l'hérédité, qui se porte à moins des trois quarts, et qu'il lui reste par conséquent plus que sa quarte, si la consistance du fidéicommis ne suffit pas pour payer les legs entièrement, l'héritier en est tenu pour la partie qui excède sa quarte, *leg.* 1ª., § 9, *si is qui, ff. et leg.* 2ª. *et* 1ª., *cod. ad Treb.*

aux dispositions du S.-C. *Trébellien*, ce que le *Pégasien* renfermait de plus remarquable ; savoir, que, lorsque l'héritier refusait d'accepter l'hérédité, il pouvait y être contraint par le préteur, sur la réquisition du fidéicommissaire, à l'effet de restituer à ce dernier l'entière hérédité (1), et de transférer en sa personne toutes les actions héréditaires, de manière que l'héritier ne fût exposé à aucun dommage, puisqu'il n'en recevait aucun profit ; auquel cas le fidéicommissaire cautionnait devant le juge sur l'indemnité de l'héritier, *leg. cùm haereditas, ff. ad Treb., leg.* 1re., § *quamquam.*

CESSATION DE LA QUARTE.

La quarte trébellianique, ayant été introduite à l'exemple de la falcidie, elle a lieu presque dans les mêmes cas, *ut sup. tit. praeced. in fin.*, même dans les testamens militaires, *cod. ad leg. falc.* ; elle cesse, si le testateur l'a défendu expressément, *nov.* 1re., *cap.* 2°., § 2 ; si par ignorance de droit, l'héritier a rendu toute l'hérédité, *leg.* 9, *cod. ad*

---

(1) Avant la restitution faite, quoique le jour du fidéicommis soit venu, les choses qui en font l'objet n'appartiennent pas au fidéicommissaire, mais à l'héritier, puisqu'il peut affranchir des esclaves de l'hérédité, *ff. ad Treb., leg. Marcellus*, § *res*, *et leg. si hœres*, malgré cette dernière loi, § *sed qui ad com. de leg.*, qui paraît contraire ; mais il faut l'entendre après la restitution faite, parce que ce n'est qu'alors que les choses appartiennent au fidéicommissaire, *leg. facta in ppio*, *ff. ad Treb.* ; la restitution peut se faire *re et verbis* ; elle se fait *re*, lorsqu'on souffre que le fidéicommissaire jouisse dans le dessein de lui tenir lieu de restitution ; elle se fait *verbis*, lorsque l'héritier dit au fidéicommissaire : je vous restitue l'hérédité, sans pour cela le mettre en possession corporelle des choses.

Nota. La quarte *Trebellianique* se tire de chaque chose qui compose le fidéicommis, c'est-à-dire de chaque chose héréditaire, *leg. lineam*, *leg. plantius*, *ff. ad leg. falcid.*, *leg.* 2a., *cod. eod.* ; mais suivant l'équité, il est assigné par le juge sur une seule chose, *leg. potest autem*, *ff. de leg.* 1°., *leg.* 2a., *cod. quando et quibus quarta pars.*

Nota. Aujourd'hui, suivant la *novelle* 1re. *de hœred. et falcid.*, lorsque l'héritier refuse d'accepter, il est permis au fidéicommissaire de le faire, et d'acquérir ainsi l'hérédité par l'adition.

leg. falcid.; s'il a négligé de faire inventaire; si le testateur lui a laissé quelque chose qui puisse suppléer à la quarte, *leg.* 9, *ff. hoc tit.* Nous avons dit *presque*, parce qu'il est des cas propres aux fidéicommis, comme si l'héritier est forcé d'accepter, *ut hoc* §°.

§ VIII. Tout ce qu'il faut observer à l'égard de la restitution d'une hérédité, doit également avoir lieu, soit que l'héritier ait été chargé de la rendre entière ou seulement en partie; soit que, n'ayant été institué que pour une partie, il ait été chargé de restituer, ou cette partie en entier, ou tout au moins portion de cette partie, *ff. de acq. haered.*, *leg. servus*, *et ff. de usur.*, *leg. qui scit*, *in ppio.*

§ IX. Un héritier, chargé de rendre toute une succession, sous la déduction ou rétention d'une certaine chose, comme d'un fonds de même valeur que la quarte (1), doit restituer le fidéicommis, en vertu du *Trébellien*, ainsi et de même que si le testateur lui eût dit de retenir la quarte et de rendre le reste de l'hérédité, parce que la chose déduite ou retenue par forme de prélegs, doit s'imputer à la quarte, *leg. in quartam*, *ff. ad Treb.* Il y a pourtant cette différence entre le cas où l'héritier est chargé de rendre l'hérédité, sous la déduction ou la rétention d'une certaine chose, et le cas où il est chargé de rendre toute l'hérédité après avoir retenu la quarte, que, dans la première espèce, toutes les actions passent entièrement *et solidum*, en vertu du *Trébellien*, sur la tête du fidéicommissaire, et que la chose certaine demeure à l'héritier, *cod. de haered. inst.*, *leg. quot.*, comme lui tenant lieu de quarte sans aucune charge héréditaire, ainsi que s'il l'eût acquise à titre de legs, *leg.* 1ª., § *si haeres*, *leg. si legatus*, § *pen.*, *ff. ad Treb.*, les legs étant quittes des charges héréditaires, *id est sine onere aeris alieni*, *leg. ult. cod. de haered. action. et leg.* 1ª., *cod. si cert. pet.* Dans l'autre espèce, au contraire, les actions, c'est-à-dire celles des créanciers et non celles des légataires, se divisent; elles passent au fidéi-

(1) Si la chose vaut moins que la quarte, il peut alors recourir au supplément, et retenir ce qui manque pour la parfaire, *ff. ad Treb.*, § *si hæres*, *præcepto* 8, *in fin.*, *leg.* 1ª.; mais il sera tenu envers les créanciers de l'hérédité, au prorata de ce qu'il lui a fallu pour remplir sa quarte, ou de la déduction ou préception qu'il a eu droit de faire.

commissaire pour les trois quarts de la succession, et elles demeurent à l'héritier pour l'autre quart, *leg. si leg.*, § *penult.*, *ff. ad Treb.* La raison de la différence vient de ce que, dans le premier cas, on regarde cette déduction ou rétention comme étant adjugée à l'héritier par le testateur, sans aucune charge, comme s'il l'avait acquise à titre de legs, et comme devant jouir du même privilége, à moins que la chose déduite ne fût plus considérable que ne serait la quarte, et que ce qui fait l'objet du fidéicommis ne fût pas suffisant pour payer les legs dont il serait chargé : l'héritier doit alors contribuer aux legs, en ce qui pourrait excéder la quarte, *leg* 1ª., § 9, *leg.* 1ª. *et* 2ª., *cod. ad Trebell.*

Nous observons que, dans cette hypothèse, toutes les actions ne laissent pas de passer en la personne du fidéicommissaire, quand même la déduction ou la rétention formeraient la plus grande partie de l'hérédité. C'est au fidéicommissaire à examiner dans cette circonstance s'il lui est plus avantageux que la restitution lui soit faite, ou, pour se garantir des pertes, s'il lui est plus avantageux de la refuser. Il faudrait dire la même chose dans le cas où l'héritier aurait été chargé de rendre, non-seulement sous la déduction ou préception d'une certaine chose, mais encore de plusieurs autres choses : ce qui aurait aussi lieu si l'héritier avait été chargé de rendre sous la déduction ou préception d'une somme qui formât la plus grande partie de l'hérédité : on doit aussi appliquer ce que nous avons dit de l'héritier institué *ex asse*, à l'héritier qu'on a seulement institué pour une partie de la succession.

§ X. Les fidéicommis ont lieu, non-seulement par testament, ou par codicilles confirmés par testament, mais encore *ab intestat*, c'est-à-dire lorsqu'une personne, sur le point de mourir sans avoir testé, charge, dans un codicille, ses héritiers légitimes (1), savoir ceux qui doivent

(1) On peut charger les héritiers légitimes de fidéicommis, parce que le défunt est censé ne leur avoir laissé l'hérédité légitime que par un effet de sa volonté, qui se manifeste assez en ce qu'il aurait pu instituer tous autres ou leur faire passer directement sa succession. C'est une faveur qu'il a voulu leur faire pour les avantager de la quarte *Trebellianique* qu'ils ont droit de retenir, *leg.* 1ª., § *hoc autem* 2°., *ff. ad Treb. et leg.* 6, § 1°., *ff. ad Treb.*; car il lui était libre de faire un testament au lieu d'un codicille, *de jur. cod.*, *leg.* 8, *conficiuntur*, § 1°., *leg.* 1ª., § 6, *ff. de leg.* 3°.

lui succéder, ou par le droit civil, ou par le droit prétorien, *leg.* 1ª.; *§ hoc autem* 2°., *ff. ad Treb. et leg.* 3ª. *et* 16, de rendre à quelqu'un tout ou partie de son hérédité, ou seulement une chose certaine, comme un fonds, un esclave, une somme d'argent.

Les fidéicommis sont ainsi valables *ab intestat*, quoiqu'il en soit autrement pour les legs qui ne peuvent valoir que par testament (1).

§ XI. On peut faire plusieurs degrés de fidéicommis, c'est-à-dire qu'on peut charger un fidéicommissaire de rendre à un autre, et celui-ci encore à un autre, *leg. omnia*, *leg. cùm ita*, *§ in fideicommisso*, *ff. de leg.* 2°., *leg. haeredis mei*, *§ ult.*, *ff. ad Treb.* (2); ou pour le tout, ou pour partie, ou une chose de même valeur, autre que celle qu'il aura reçue, *ut tit. seq.*, § 1°. Par la règle *in quantum quis honoratur et onerari potest*, ce fidéicommissaire ne peut pas même prendre la quarte sur le second fidéicommissaire, quoique l'héritier l'ait prise sur lui, *ut leg.* 97 *de leg.* 1ª., *leg. falcidia si interveniat* 47, *ad leg. fal.*, *§ nunquam*, *et de vulg. subst.*, *leg.* 41 *cohaered.*, *§ cùm filiae*, à moins que l'héritier n'ait restitué toute l'hérédité, sans retenir la quarte pour la céder au premier fidéicommissaire, *leg.* 1ª. *inde veratius*, *leg. si patrem*, *§ qui fideicommissum*, *ff. ab. Treb. glossa in leg. sancimus*, *cod. de fid.* Toutes ces lois sont contraires à la loi 32, qui semble permettre au substitué de prendre la quarte : mais cette loi ne se fonde que sur l'équité ; elle n'a pas dû même être observée, parce que la falcidie tout comme la quarte trébellianique n'ont été introduites que pour engager l'héritier à accepter l'hérédité, afin que, par le moyen de l'adition, les legs fussent payés ; mais cette raison cesse, dès que l'institué a accepté par la règle *cessante causâ, cessat effectus.*

§. XII. Comme les fidéicommis furent introduits dans les premiers tems en fraude des lois, pour laisser la succession à des incapables, par

---

(1) Ceci est dit eu égard au droit ancien ; car par le droit nouveau, les legs et les fidéicommis ayant été entièrement rendus conformes les uns aux autres, *leg.* 1ª., *ff. de leg.* 1°. *et sup. de leg.*, *§ sed non usque*, les legs peuvent être laissés *ab intestat*, ainsi et tout comme les fidéicommis, *leg.* 2ª., *cod. comm. de leg. et fid.*

(2) La *novelle* 159 donne la substitution au quatrième degré.

l'interposition d'une personne capable, *leg. in tacitis, leg. Lucius, § ult. ff. de leg.* 1°., *leg. in fraudem de his quae ut indign.*, *leg.* 3ª., *§ tacita autem de jur. fisci*, on les fit dépendre entièrement de la bonne foi et de la probité de ceux qui en étaient chargés ; c'est de-là aussi qu'ils ont tiré leur nom et leur origine : si l'on venait à découvrir ces sortes de fidéicommis faits en fraude des lois, on en privait l'indigène, et l'hérédité était dévolue au fisc, *leg.* 3ª., *§ cùm ex causâ, et leg. cùm tacitum, ff. eod.*, parce que le fidéicommis était alors devenu caduc : quant aux fidéicommis secrets qui n'étaient point faits en fraude de la loi, abandonnés cependant à la foi de l'héritier ou d'un tiers autre que l'héritier, l'empereur *Auguste* les soumit à la rigueur du droit, et il en fit ressortir la vérité par le moyen du serment, *leg.* 14, *Theopompus, ff. de dote praeleg. Justinien*, après lui, sur le rapport de *Trébonien* son chancelier, établit par sa constitution au code *de fideic.*, *leg. fin.*, que si un testateur chargeait son héritier de rendre sa succession, ou de tout autre fidéicommis particulier, dont il n'y eût point de preuve ni par écrit, ni par le nombre de cinq témoins requis en cette partie, *cod. leg. fin. de codicil.*, *et leg. fin., de fideicom.* ; mais seulement par un nombre moindre de cinq, ou enfin qu'il n'y en eût pas du tout ; alors que ce fût le père de l'héritier ou tout autre qui s'en fût rapporté à sa bonne foi et à sa religion pour la restitution, et que l'héritier refusât, par la plus noire perfidie, d'accomplir la volonté du testateur en niant la vérité ; si le fidéicommissaire s'en rapportait à son serment, après s'être lui-même purgé par le serment qu'on appelle *juramentum calumniae* (1), l'héritier serait alors tenu de jurer qu'il n'avait jamais entendu le testateur faire une telle disposition, *cod. de jurejurand.*, *leg. fin.*, *leg. generaliter*, *§ sed juramento, vers. sin autem, et cod. de fideic.*, *leg. fin.* ; et que, s'il refusait de prêter le serment exigé, il devait être

(1) Autrefois, avant de poursuivre quelqu'un en justice, on était obligé de jurer qu'on n'agissait pas dans l'intention d'attenter à la réputation de son adversaire, en l'accusant d'un fait dont on n'avait pas la certitude qu'il fût coupable ; c'est ce qu'on appelait *juramentum calumniae* ; on était même obligé de jurer pour chaque chef de demande, *ut leg.* 1ª., *cod. de jurejurand.* : mais il fut établi par la *novelle* 49, qu'un serment suffirait pour toutes les demandes faites ou à faire.

condamné au paiement du fidéicommis (1), *cod. de jur. calumniae*, *leg.* 3ª., *§ penult.*, afin que la volonté du testateur, commise à la bonne foi de l'héritier, ne devînt pas inutile et sans effet, quoiqu'il n'y eût ni preuve par écrit, ni preuve testimoniale : ce qui ne pouvait être nécessaire dans les cas où l'héritier était choisi pour témoin et pour juge, *leg. ult. cod. de fideicom.* On doit agir de même lorsqu'on a chargé un légataire ou un fidéicommissaire de restituer un fonds, un esclave ou une somme d'argent, quand même, après avoir nié, il ferait un libre aveu, et que, pour se délivrer du paiement, il aurait recours à la subtilité du droit, en alléguant qu'il est de règle que la volonté d'un testateur doit demeurer sans effet, toutes les fois qu'elle ne se manifeste pas avec les solennités requises, *ut cod. de fideic.*, *leg. si veritas*, *et cod. de test.*, *leg. non dubium*, *§ illud.* Il serait alors condamné à en faire la restitution, *leg. fin. cod. de fideicom.*

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 37. Les fidéicommis sont permis en France, mais dans deux cas seulement (1); et le législateur a introduit à cet égard des principes tout nouveaux.

La faculté de substituer par fidéicommis était indéfinie chez les Romains : en France, elle est bornée au premier degré, c'est-à-dire en faveur des enfans ou des neveux du testateur, (art. 1048.)

Par le droit romain, les fidéicommis pouvaient être laissés par testament, par codicille, même par une simple déclaration de volonté, en présence de cinq témoins : en France, les substitutions fidéicommissaires ne peuvent être faites que par testament ou par donation entre-vifs, *loco cit.*

---

(1) L'héritier était contraint de jurer ou de payer, parce que les dernières volontés des hommes méritent toute sorte de faveur, et qu'il est de l'intérêt public qu'elles soient exécutées strictement.

(2) Savoir, par le père à l'égard des enfans, et par l'oncle à l'égard de ses neveux.

Lorsqu'elles

Lorsqu'elles seront faites par testament, elles seront révocables, le testament étant révocable de sa nature.

Lorsqu'elles seront faites par donation entre-vifs, ce qui nécessite une donation et une acception, elles seront irrévocables comme l'acte dont elles font partie.

Chez les Romains, toutes les personnes capables pouvaient être instituées héritières, avec charge de restituer tout ou partie de l'hérédité: parmi nous, un testateur ne peut donner à charge de substitution qu'à ses propres enfans, (art. 1048), et à défaut, à ses frères ou sœurs, (art. 1049.) Toute autre substitution demeure prohibée; ce n'est même que par forme d'exception que celle-ci a été admise dans l'unique motif de fournir aux pères qui auraient de justes craintes sur la dissipation de quelqu'un de leurs enfans, le moyen d'assurer l'existence de leurs petits-fils; et aux frères qui auraient conçu de semblables craintes sur la dissipation de leurs frères, le moyen de transmettre leur fortune à leurs neveux.

Il est même à remarquer que la quotité des biens substitués doit l'être au profit de tous les enfans nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe, (art. 1050); et qu'une disposition contraire ne serait pas valable, puisqu'elle violerait ouvertement l'esprit et la lettre de la loi.

TITRE XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

NON-SEULEMENT on peut laisser la succession, par fidéicommis, d'une manière générale, mais encore d'une manière particulière, comme un fonds, une somme d'argent, un esclave, un habit, de l'argenterie, et même charger, non-seulement son héritier, mais encore son légataire, son fidéicommissaire, son donataire à cause de mort, de restituer, *leg. ut hæredibus*, *leg. cùm pater*, § 1°. *de leg.* 2ª., *leg. ei cui de mort. causâ donat. ff.* 2, quoique le légataire ne puisse être chargé de faire à quelqu'un la délivrance de son legs, selon le droit ancien; mais les legs ayant été égalés aux fidéicommis, *leg.* 1ª., *ff. de leg.* 1°., un légataire, chargé de faire la délivrance de son legs, est censé chargé d'un fidéicommis particulier, *ut leg.* 2ª. *communia de leg. cod.*

Il y a pourtant cette différence entre le fidéicommis universel et le fidéicommis particulier, que l'héritier chargé de restitution peut être forcé d'accepter; ce qui n'a pas lieu pour le légataire, ni le fidéicommissaire particulier, *leg. nam quod*, § *non omnis*, § *quare et legibus seq.*, *ff. ad Treb.*, *leg. si quis omissa*, § *si quis omissâ causâ test.*, parce que, 1°. ils ne sont pas successeurs d'un droit comme le fidéicommissaire universel, *sup. de testam.*, § 11, *legatariis*; 2°. que les légataires et les fidéicommissaires particuliers ne peuvent être chargés au-delà de ce qu'il leur est laissé, *ut* § *seq. et leg. filiusf.*, § *apud Marcellum*, *ff. de leg.* 1°., *leg. imperator, in ppio*, *leg.* 3ª, § *Julianus*, *ff. de leg.* 3°.; 3°. il y a cette différence entre les legs et les fidéicommis particuliers, que les legs ne peuvent être laissés qu'en présence de cinq témoins, au lieu que les fidéicommis peuvent être laissés sans témoins, si la preuve peut en être faite, ou qu'on veuille différer le serment, *leg. ult. cod. de fideic.* L'héritier, chargé de rendre, ne peut grever de fidéicommis, le fidéicommissaire, quand il lui sera libre de rendre à un d'entre plu-

sieurs, *leg.* 67 *unum ex familiâ*, § 1°. *si falcid.*, *ff. de leg.* 2°., à moins que l'héritier grevé n'ajoute au fidéicommis une partie de ses biens.

§. Ier. Le testateur peut encore laisser par fidéicommis, non-seulement les choses qui lui appartiennent, mais encore celles qui appartiennent à l'héritier, au légataire, au fidéicommissaire, ou à autrui, auquel cas il faut faire la distinction que nous avons faite *sup. de leg.*, § *quod autem*, *et ff. de leg.* 2°., *leg. unum ex familiâ*, § *si rem*; d'où il suit que le légataire ou fidéicommissaire peut être chargé de rendre ou ce qui lui a été laissé, ou toute autre chose, qu'elle lui appartienne ou qu'elle appartienne à autrui: nous observerons cependant que cela doit être fait de manière qu'on ne soit pas obligé de rendre au-delà de ce qu'on aurait reçu, car le fidéicommis est inutile pour tout ce qui excède, *lege* 1a., § 1, *ff. ad Treb.*, *leg.* 1a., *ff. de leg.* 3°., *leg.* 9, *de fideic.*, *leg. planè* 2a, § *fin.*, *ff. de leg.* 1°., *leg. videndum*, *de leg.* 1°. *leg.* 1a., § *sciendum*, *leg.* 3a., § *Julianus*, *et leg. si leg. in ppio*, *ff. de leg.* 3°. Si par fidéicommis on a été chargé de rendre une chose qui ne nous appartient pas, il faut l'acheter pour en faire la délivrance ou en payer la juste valeur, *ut leg. sed si res.*, *ff. de leg.* 1°., *et leg. cùm alienam*, *cod. de leg.* On ne peut charger son héritier d'instituer, *v. g.* *Mœvius* pour son héritier; cette disposition se convertit en fidéicommis, parce qu'il en est de même que si l'héritier eût été chargé de rendre l'hérédité, *leg. filiusf. ut quis*, *ff. de leg.* 1°., *et ad Treb.*, *leg. ex facto.*

§ II. Un esclave peut également recevoir la liberté par fidéicommis, et l'on peut en charger l'héritier, le légataire ou le fidéicommissaire. Il n'importe que l'esclave soit dans le patrimoine de l'héritier, du fidéicommissaire, du légataire ou d'un étranger, quand même le testateur l'aurait cru sien, *ut ff. de fideic. lib. leg.* : dans tous les cas, il faut l'acheter et l'affranchir. Si le maître s'obstinait à garder son esclave, et qu'il n'eût rien reçu de la libéralité du testateur (1), ou que, voulant

(1) Le testateur peut laisser à un tiers une certaine somme, si modique qu'elle soit; afin qu'il soit forcé de vendre l'esclave s'il reçoit le legs, *cod. de fid. lib.*, *leg. deberi*, *et leg. si te donatam*, *et cod. ad leg. falcid.*, *leg. si eo cujus filium.*

TITRE XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Non-seulement on peut laisser la succession, par fidéicommis, d'une manière générale, mais encore d'une manière particulière, comme un fonds, une somme d'argent, un esclave, un habit, de l'argenterie, et même charger, non-seulement son héritier, mais encore son légataire, son fidéicommissaire, son donataire à cause de mort, de restituer, *leg. ut hæredibus*, *leg. cùm pater*, § 1°. *de leg.* 2ª., *leg. ei cui de mort. causâ donat. ff.* 2, quoique le légataire ne puisse être chargé de faire à quelqu'un la délivrance de son legs, selon le droit ancien; mais les legs ayant été égalés aux fidéicommis, *leg.* 1ª., *ff. de leg.* 1°., un légataire, chargé de faire la délivrance de son legs, est censé chargé d'un fidéicommis particulier, *ut leg.* 2ª. *communia de leg. cod.*

Il y a pourtant cette différence entre le fidéicommis universel et le fidéicommis particulier, que l'héritier chargé de restitution peut être forcé d'accepter; ce qui n'a pas lieu pour le légataire, ni le fidéicommissaire particulier, *leg. nam quod*, § *non omnis*, § *quare et legibus seq.*, *ff. ad Treb.*, *leg. si quis omissa*, § *si quis omissâ causâ test.*, parce que, 1°. ils ne sont pas successeurs d'un droit comme le fidéicommissaire universel, *sup. de testam.*, § 11, *legatariis*; 2°. que les légataires et les fidéicommissaires particuliers ne peuvent être chargés au-delà de ce qu'il leur est laissé, *ut* § *seq. et leg. filiusf.*, § *apud Marcellum*, *ff. de leg.* 1°., *leg. imperator, in ppio*, *leg.* 3ª, § *Julianus*, *ff. de leg.* 3°.; 3°. il y a cette différence entre les legs et les fidéicommis particuliers, que les legs ne peuvent être laissés qu'en présence de cinq témoins, au lieu que les fidéicommis peuvent être laissés sans témoins, si la preuve peut en être faite, ou qu'on veuille différer le serment, *leg. ult. cod. de fideic.* L'héritier, chargé de rendre, ne peut grever de fidéicommis, le fidéicommissaire, quand il lui sera libre de rendre à un d'entre plu-

sieurs, *leg.* 67 *unum ex familiâ*, § 1°. *si falcid.*, *ff. de leg.* 2°., à moins que l'héritier grevé n'ajoute au fidéicommis une partie de ses biens.

§. Ier. Le testateur peut encore laisser par fidéicommis, non-seulement les choses qui lui appartiennent, mais encore celles qui appartiennent à l'héritier, au légataire, au fidéicommissaire, ou à autrui, auquel cas il faut faire la distinction que nous avons faite *sup. de leg.*, § *quod autem*, *et ff. de leg.* 2°., *leg. unum ex familiâ*, § *si rem*; d'où il suit que le légataire ou fidéicommissaire peut être chargé de rendre ou ce qui lui a été laissé, ou toute autre chose, qu'elle lui appartienne ou qu'elle appartienne à autrui: nous observerons cependant que cela doit être fait de manière qu'on ne soit pas obligé de rendre au-delà de ce qu'on aurait reçu, car le fidéicommis est inutile pour tout ce qui excède, *lege* 1^a^., § 1, *ff. ad Treb.*, *leg.* 1^a^., *ff. de leg.* 3°., *leg.* 9, *de fideic.*, *leg. planè* 2^a^, § *fin.*, *ff. de leg.* 1°., *leg. videndum*, *de leg.* 1°. *leg.* 1^a^., § *sciendum*, *leg.* 3^a^., § *Julianus*, *et leg. si leg. in ppio*, *ff. de leg.* 3°. Si par fidéicommis on a été chargé de rendre une chose qui ne nous appartient pas, il faut l'acheter pour en faire la délivrance ou en payer la juste valeur, *ut leg. sed si res.*, *ff. de leg.* 1°., *et leg. cùm alienam*, *cod. de leg.* On ne peut charger son héritier d'instituer, *v. g.* *Mœvius* pour son héritier; cette disposition se convertit en fidéicommis, parce qu'il en est de même que si l'héritier eût été chargé de rendre l'hérédité, *leg. filiusf. ut quis*, *ff. de leg.* 1°., *et ad Treb.*, *leg. ex facto.*

§ II. Un esclave peut également recevoir la liberté par fidéicommis, et l'on peut en charger l'héritier, le légataire ou le fidéicommissaire. Il n'importe que l'esclave soit dans le patrimoine de l'héritier, du fidéicommissaire, du légataire ou d'un étranger, quand même le testateur l'aurait cru sien, *ut ff. de fideic. lib. leg.* : dans tous les cas, il faut l'acheter et l'affranchir. Si le maître s'obstinait à garder son esclave, et qu'il n'eût rien reçu de la libéralité du testateur (1), ou que, voulant

(1) Le testateur peut laisser à un tiers une certaine somme, si modique qu'elle soit; afin qu'il soit forcé de vendre l'esclave s'il reçoit le legs, *cod. de fid. lib.*, *leg. deberi*, *et leg. si te donatam*, *et cod. ad leg. falcid.*, *leg. si eo cujus filium.*

le vendre, il en veuille au-delà de son juste prix (1), le fidéicommis de la liberté n'est pas éteint pour cela, mais il demeure en suspens jusqu'à ce que le grevé puisse trouver l'occasion d'acheter l'esclave, *quod differtur non aufertur, ut ff. de judic., leg. cùm furiosus.* Il y a cette différence entre celui qui reçoit la liberté par fidéicommis, et celui qui la reçoit directement par le testament de son maître; que, dans le premier cas, l'esclave n'est pas l'affranchi du testateur, quand même ce serait un esclave héréditaire; mais qu'il devient l'affranchi de celui qui lui donne la liberté, *ut cod. de fideic., leg. hi quibus.* Dans le second cas, au contraire, il devient l'affranchi du testateur : de-là vient qu'on appelle cet affranchi *Orcinus* (2). Afin qu'un esclave puisse recevoir directement la liberté par le testament de son maître, il faut qu'il lui ait appartenu en deux époques, lors de la faction du testament, et lors de sa mort; au reste, on est censé donner la liberté à son esclave directement, lorsqu'on ne charge personne du soin de l'affranchir, et que l'on déclare expressément qu'on veut que la liberté lui soit acquise en quelque sorte, dès le jour du testament (3).

§ III. Les fidéicommis, en quelques termes qu'ils soient faits, impératifs ou supplicatifs, sont toujours valables, *ut sup. de leg., in ppio, cod. comm. de leg., lege omne verbum, et ff. ad Treb., leg. Scævola.* Ceux qui sont le plus en usage sont *peto, rogo, volo, mando, fidei tuae committo*; chacun desquels termes a autant de force que si on les joignait tous ensemble.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 38. En France, toutes choses peuvent faire la matière d'un fidéicommis, puisqu'il n'est en lui-même que la transmission d'une

---

(1) Auquel cas il en est de même que s'il se refusait à vendre son esclave, *ff. de leg.* 3°., *non duobus*, § *finali.*

(2) Ce mot signifie *affranchi* par celui qui est descendu aux enfers.

(3) La liberté peut être laissée par codicille confirmé par testament, *ff. de manum. test., leg. libertas*; s'il y avait plusieurs héritiers, il suffit, pour la liberté, que l'un accepte, *ead. lege*, § *testamento.*

quotité de biens confiés par la loi à la disposition du père de famille ; il peut donc être composé des biens meubles, immeubles, titres, papiers et documens, comme il peut n'être composé que d'une chose particulière, *v. g.* une maison, un fonds de terre, un capital placé, (art. 1058.)

De ce que le testateur jouit de la faculté de substituer un objet particulier, il ne s'en suit pas que cet objet puisse excéder la quotité disponible fixée par la loi ; il ne s'en suit pas aussi qu'il puisse substituer seulement au profit d'un des enfans nés ou à naître ; dans le premier cas, la libéralité serait réduite, (art. 920) ; dans le second cas, elle serait déclarée nulle, (art. 1050.)

Les Romains avaient des termes *sacramentels*, qu'ils employaient dans les fidéicommis, *v. g. rogo, fidei tuae committo.* En France, la substitution fidéicommissaire est plutôt un commandement qu'une prière, qu'une recommandation de la part du testateur. Cette disposition, en effet, a dû être nécessairement impérative, puisque le plus souvent elle ne sera qu'une peine infligée aux enfans prodigues et dissipateurs, par des pères sages et prévoyans.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 39. Nous n'avons point en France de codicilles ; cette manière de tester est absolument étrangère à nos usages aussi n'aurons-nous point à nous en occuper.

Fin du deuxième Livre et du premier Volume.

ERRATA.

Page 12, ligne 4, [illegible] lois, *lisez* dix tables.
Page 18, ligne 6, [illegible]*tial*, lisez *infortiat.*
Page 142, ligne 3, [illegible]quel, *lisez* dans lequel.
Page 158, ligne 1[illegible], [illegible]i, *lisez* empereur.
Page 167, ligne 13, *acquis.*, lisez *de acquir. rer. dom.*
Idem, troisième no[illegible] *f. de diver. lit.*, lisez *ff. de divers. temp. præscrip.*, *leg.* 7, [illegible]*uisquam.*
Page 168, ligne 7 [illegible] *§ quod si toto*, lisez *leg.* 7, § 5, *quod si toto ff.*
Page 193, ligne 3, [illegible] *divisio. rer. et qual.*, lisez *ff. leg.* 3, *de reb. corp. et incor*[illegible] 2.
Page 195, ligne 2[illegible], *g.* 2 *jure*, § *stabula*, lisez *ff. leg.* 1ª., *de servitut. præd.* [illegible]*st.*
Page 291, ligne 6, [illegible] § *sane ff. ad æliam sentiam*, lisez *ff. leg.* 12, § 5, *qui et* [illegible]*us manumitt. poss.*
Page 355, ligne 3[illegible], chercherent, *lisez* recherchant.
Page 341, *Simpron*[illegible], lisez *Sempronius.* — Cette faute existe dans plusieurs endroits.
Page 213, ligne [illegible]ère, fonds, *lisez* sur un fonds.
page 264, ligne [illegible] *Jesu*, *leg.* 13, *in fin.*, lisez *de supel. legata*, *leg.* 3, § 5.

CODE CIVIL.

OBSERVATIONS.

Nomb. 39. Nous n'avons point en France de codicilles ; cette manière de tester est absolument étrangère à nos usages ; aussi n'aurons-nous point à nous en occuper.

Fin du deuxième Livre et du premier Volume.

ERRATA.

Page 12, ligne 4, dix lois, *lisez* dix tables.

Page 18, ligne 6, *infortial*, lisez *infortiat.*

Page 142, ligne 3, auquel, *lisez* dans lequel.

Page 158, ligne 10, roi, *lisez* empereur.

Page 167, ligne 13, *de acquis.*, lisez *de acquir. rer. dom.*

Idem, troisième note, *ff. de diver. lit.*, lisez *ff. de divers. temp. præscrip.*, *leg.* 7, *si quisquam.*

Page 168, ligne 7, *ff. § quod si toto*, lisez *leg.* 7, § 5, *quod si toto ff.*

Page 193, ligne 3, *de divisio. rer. et qual.*, lisez *ff. leg.* 3, *de reb. corp. et incorp.*, § 2.

Page 195, ligne 20, *leg.* 2 *jure*, § *stabula*, lisez *ff. leg.* 1ª., *de servitut. præd. et rust.*

Page 291, ligne 6, *leg.* § *sane ff. ad aeliam sentiam*, lisez *ff. leg.* 12, § 5, *qui et à quibus manumitt. poss.*

Page 355, ligne 32, rechercherent, *lisez* recherchant.

Page 341, *Simpronius*, lisez *Sempronius.* — Cette faute existe dans plusieurs endroits.

Page 213, ligne première, fonds, *lisez* sur un fonds.

page 264, ligne 26, *desu, leg.* 13, *in fin.*, lisez *de supel. legata*, *leg.* 3, § 5.

a39003 008393265b

Bibliothèques
Université d'Ottawa
Echéance

Libraries
University of Ottawa
Date Due

MAR 2004

MAY MAI 0 2 2004